

Degener/Deiters/Frisch/Frister/Paeffgen
Rogall/Velten/Weßlau/Wohlers/Wolter

SK-StPO

Systematischer Kommentar
zur Strafprozessordnung
Mit GVG und EMRK

Herausgegeben von
Jürgen Wolter

Band III
§§ 137–197 StPO

4., neu bearbeitete Auflage

des von Hans-Joachim Rudolphi † und Ellen Schlüchter
mit Wolfgang Frisch, Klaus Rogall und Jürgen Wolter
begründeten Werkes

gen besonderer Gründe und auch dann nur im Rahmen des Verhältnismäßigen beeinträchtigt werden.

38 Der Verteidiger seinerseits darf sich bei einer vom Gericht zu verantwortenden Verzögerung nicht ohne weiteres entfernen, ohne auf eine Verlegung hinzuwirken.¹⁰⁸ Beginnt das Gericht die Verhandlung verspätet, ist der Verteidiger jedoch nicht verpflichtet, eine zuvor möglich scheinende Verspätung einzuplanen und für diesen Fall Vorsorge zu treffen; vielmehr hat das Gericht dann einem mit der Verhinderung des Verteidigers begründeten Verlegungsantrag stattzugeben.¹⁰⁹

IV. Die Problematik ungenügender Wahlverteidigung

39 Angesichts der Garantie konkreter und wirksamer Verteidigung kann auch beim Wahlverteidi- ger auf eine Kontrolle der Verteidigungsqualität nicht gänzlich verzichtet werden (vgl. hierzu näher Vor § 137 Rn. 81 ff.¹¹⁰). Auch wenn es richtig ist, dass der Wahlverteidiger keiner allgemei- nen staatlichen Kontrolle hinsichtlich der Verteidigungsstrategie unterstellt werden darf (vgl. Vor § 137 Rn. 7, 71), kann doch das praktisch relevante Problem (zur Frage der zivilrechtlichen Verteidigerhaftung vgl. Vor § 137 Rn. 166 ff.)¹¹¹ einer tatsächlich nicht mehr als wirksam zu be- zeichnenden Verteidigung auch im Falle der Wahlverteidigung nicht schlicht ignoriert werden. Vom Beschuldigten, der sich des Beistands eines Verteidigers gerade deshalb bedienen können soll, um seine eigenen Autonomiedefizite auszugleichen (vgl. Vor § 137 Rn. 29), kann nicht er- wartet werden, dass er diesen stets kontrollieren kann. In konventionskonformer Auslegung des Rechts auf Verteidigung ist es daher erforderlich, bei offenkundig unwirksamer Wahlverteidi- gung auf eine wirksame formelle Verteidigung in geeigneter Weise hinzuwirken bzw. Einwände des Beschuldigten hinsichtlich unwirksamer Wahlverteidigung zu hören.¹¹² Die Strafverfol- gungsorgane haben insoweit weder für jeden Verteidigungsfehler einzustehen, noch dürfen sie die im Innenverhältnis zwischen Beschuldigtem und Verteidiger festzulegende Verteidi- gungsstrategie konterkarieren. Ein Prozess kann aber etwa dann nicht als fair bezeichnet werden, wenn die Verteidigung wegen fehlender Vorbereitung des Verteidigers offenkundig unwirksam ist (vgl. auch Vor § 137 Rn. 82 f.).¹¹³

E. Rechtsmittel gegen die Zurückweisung nach § 137 Abs. 1 S. 2, Abs. 2 S. 2

I. Beschwerde

40 Die unberechtigte Zurückweisung überzähliger Wahlverteidiger nach § 146a ist mit der Be- schwerde anfechtbar (vgl. näher § 146a Rn. 15 ff.).

108 KG Berlin VRS 86, 67 f.; KK/Laufhütte § 137 Rn. 1.

109 BayObLG StV 1984, 13 f.; KG Berlin VRS 86, 67 f.

110 A. A. etwa BGH NStZ 1998, 312; Beulke Der Verteidiger im Strafverfahren, S. 123, 128 f.; zum Mei- nungsstand vgl. auch Barton S. 117 ff.

111 Barton S. 20 ff.; Neuhaus StV 2002, 43.

112 EGMR v. 21.04.1998, Daud vs. Portugal, § 38 = ÖJZ 1999, 198 (199); EGMR v. 24.11.1993, Imbrioscia vs. Schweiz, §§ 38 ff. = ÖJZ 1994, 517 f.; Barton S. 143 ff.; Gaede Fairness, S. 846 ff.; Esser S. 458, 471; ten- denziell auch Weigend StV 2000, 384 (385); grundlegend für die EGMR-Rechtsprechung EGMR v. 13.05.1980, Artico vs. Italien, §§ 31 ff. = EuGRZ 1980, 662 (664 ff.)

113 EGMR v. 24. 11.1993, Imbrioscia vs. Schweiz, §§ 38 ff. = ÖJZ 1994, 517 f.; EGMR v. 21.04.1998, Daud vs. Portugal, §§ 38 ff. = ÖJZ 1999, 198 (199).

II. Revision

Auf der Mitwirkung von mehr als drei Verteidigern kann das Urteil nicht beruhen.¹¹⁴ Das Pro- zessverhalten des auftretenden Verteidigers kann hingegen im Einzelfall zu einer revisiblen Ge- setzverletzung hinsichtlich des Verteidigungsrechts des Angeklagten führen (vgl. Vor § 137 Rn. 83 und § 137 Rn. 39).

Die ungerechtfertigte Zurückweisung eines Verteidigers kann die Revision begründen (vgl. § 146a Rn. 19 und – zum parallelen Fall des § 146 – § 146 Rn. 37 ff.). Anders soll es dann liegen, wenn der Angeklagte trotz der Zurückweisung ordnungsgemäß vertreten war (zu den insoweit parallelen Problemstellungen bei §§ 138, 146 vgl. § 138 Rn. 54 und § 146 Rn. 37).¹¹⁵ Richtig ist es hingegen, einen so fundamentalen Verstoß gegen die Fairness des Verfahrens wie den **unberech- tigten Entzug eines Vertrauensverteidigers** (Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK) als Fall des § 338 Nr. 8 einzustufen, da die Annahme einer Konventionsverletzung nicht den Beleg voraussetzt, dass die Verteidigung ohne den Entzug anders verlaufen wäre und zu einem anderen Verfahrens- ergebnis geführt hätte (zur Anwendung des § 338 Nr. 8 vgl. § 138 Rn. 54).¹¹⁶

§ 138 [Wahlverteidiger]

(1) Zu Verteidigern können Rechtsanwälte sowie die Rechtslehrer an deutschen Hoch- schulen im Sinne des Hochschulrahmengesetzes mit Befähigung zum Richteramt ge- wählt werden.

(2) ¹Andere Personen können nur mit Genehmigung des Gerichts gewählt werden. ²Gehört die gewählte Person im Fall der notwendigen Verteidigung nicht zu den Perso- nen, die zu Verteidigern bestellt werden dürfen, kann sie zudem nur in Gemeinschaft mit einer solchen als Wahlverteidiger zugelassen werden.

(3) Können sich Zeugen, Privatkläger, Nebenkläger, Nebenklagebefugte und Verletzte eines Rechtsanwalts als Beistand bedienen oder sich durch einen solchen vertreten las- sen, können sie nach Maßgabe der Absätze 1 und 2 Satz 1 auch die übrigen dort ge- nannten Personen wählen.

Übersicht:	Rn.		Rn.
A. Regelungsgehalt der Norm	1	2. Partielle Übertragung der für	
B. Wahlverteidiger kraft Status (Ab- satz 1)	2	Rechtsanwälte geltenden Regelun- gen	21
I. Rechtsanwälte als Wahlverteidiger	3	III. Erweiterung im Strafverfahren durch § 392 AO 1977	23
1. Zugelassene und weitere Rechtsan- wälte	3	C. Wahlverteidiger kraft Genehmigung des Gerichts (Absatz 2)	24
2. Einschränkungen bei zugelassenen Rechtsanwälten	8	I. Form und Verfahren hinsichtlich der Genehmigung	28
3. Rechtsfolgen	14	II. Zulassungskriterien	36
II. Rechtslehrer an deutschen Hochschulen	16	III. Wirkungen der Genehmigung und Fol- gen ihres Ausbleibens	41
1. Der Begriff des Rechtslehrers	16		

114 BGH v. 26.02.1998 – 4 StR 7/98, mitgeteilt bei Neuhaus StV 2002, 43 (44); LR/Lüderssen/Jahn § 137 Rn. 78a; AK-StPO/Stern § 137 Rn. 54; KK/Laufhütte § 137 Rn. 9; Meyer-Göfner § 137 Rn. 12; KMR/Hiebl § 137 Rn. 48; a. A. Neuhaus StV 2002, 43 (44 ff.)

115 BGHS St 27, 154 (159); LR/Lüderssen/Jahn § 137 Rn. 78a; AK-StPO/Stern § 137 Rn. 53; KK/Laufhütte § 137 Rn. 9.

116 Vgl. EGMR v. 13.05.1980, Artico vs. Italien, § 35 = EuGRZ 1980, 662 (665).

	Rn.		Rn.
IV. Die Rücknahme der Genehmigung ...	43	I. Beschwerde	50
V. Besonderheiten bei notwendiger Verteidigung	45	II. Die Revisibilität unberechtigter Zurückweisungen	53
D. Rechtsschutz gegen die unberechtigte Zurückweisung eines Wahlverteidigers	49	E. Rechtsbeistände privater Verfahrensbeiträger (Absatz 3)	56

Literatur:

Barton Mindeststandards der Strafverteidigung (1994); ders. Die Reform der Nebenklage: Opferschutz als Herausforderung für das Strafverfahren, JA 2009, 753; Bergmann Ausländische Hochschullehrer als Strafverteidiger? MDR 1982, 97; Birkenstock Zur psychologischen Dialektik und zur Zulässigkeit der Strafverteidigung eines Beschuldigten durch seinen ständigen Berater in Wirtschafts- und Strafverfahren, wistra 2002, 47; Bornemann Prozessvertretung durch Hochschullehrer und das Rechtsberatungsgesetz, MDR 1985, 192; Bornheim Rechtliche und praktische Aspekte bei der Strafverteidigung in Gemeinschaft von Rechtsanwalt und Steuerberater, wistra 1997, 212; Brangsch Grenzüberschreitende Dienstleistungen der Anwälte in der Europäischen Gemeinschaft, NJW 1981, 1177; Brangsch Weitere Durchbrechung des Anwaltszwangs, NJW 1952, 650; Chemnitz Zur geschäftsmäßigen Besorgung fremder Rechtsangelegenheiten durch Rechtslehrer an deutschen Hochschulen, NJW 87, 2421; Deimeland Fachhochschullehrer jetzt auch als Strafverteidiger, RpfStud. 2004, 178; Eh. Schmidt Zur Problematik der Entziehung der Verteidigungsbefugnis, NJW 1963, 1753; Franzen Das Strafverfahren nach dem AO-Strafrechts-Änderungsgesetz (I), DStR 1967, 533; Gehre Gemeinschaftliche Verteidigung durch Rechtsanwälte und Steuerbevollmächtigte im Strafverfahren, DStR 1968, 8; Hilla Volljuristen als Verteidiger, NJW 1988, 2525; Jahn Die Änderungen im Recht der Strafverteidigung durch das 2. Opferrechtsreformgesetz, NJW-Sonderheft für Ingeborg Teppewien zum 65. Geburtstag, 2010, S. 25; Kaiser Die Verteidigervollmacht und ihre Tücken, NJW 1982, 1367; Kramer Die Vernehmung von Verfahrensbeteiligten im Strafprozess als Zeugen, Jura 1983, 113; ders. Der Syndikusanwalt im Strafverfahren, AnwBl. 2001, 140; Kuckein Relativierung absoluter Revisionsgründe, StraFo 2000, 397; Kurzka Zur Erstattungsfähigkeit der Gebühren bei eigener Verteidigung, MDR 1974, 817; Lohmeyer Besonderheiten der Verteidigung in Verfahren wegen Steuerzuwiderhandlungen, MDR 1974, 199; Luttmann Zur Verteidigung durch Angehörige der steuerberatenden Berufe, DStR 1969, 556; Maas Probleme bei der gemeinschaftlichen Verteidigung durch Rechtsanwälte und Angehörige der steuerberatenden Berufe, Diss. Köln 1983; H. Müller Rechtslehrer als Richter, Verfahrensbevollmächtigte oder Verteidiger, NJW 1956, 524; Hein Die Rechtsstellung des Syndikusanwalts im Strafverfahren, Diss. Gießen, 1987; Nestler Die Verteidigerstellung gem. § 138 Abs. 2 StPO und das Rechtsberatungsgesetz, FS Kohlmann, 2003, S. 653; Neuhaus Beruhensfrage (§ 337 I StPO) und unzureichende Verteidigerleistung, SrV 2002, 43; Ostler Rechtslehrer an Hochschulen als Rechtsanwälte im Nebenberuf, AnwBl. 1987, 263; Quedenfeld/Füllsack Verteidigung in Steuerstrafsachen, 3. Aufl. (2005); Schachtschneider Lehrer des Rechts an Fachhochschulen als Rechtslehrer an deutschen Hochschulen, JA 1977, 121; Schlegel Die Verwirklichung des Rechts auf Wahlverteidigung, 2010; Schröter Der Hochschullehrer als Strafverteidiger, Diss. Regensburg 1987; Seibert »Andere Personen« als Verteidiger, JZ 1951, 440; Ulsenheimer Zur Regelung des Verteidigerausschlusses in §§ 138a-d. 146 n.F. StPO, GA 1975, 103; Werner Der dienstleistende europäische Rechtsanwalt (auch als Strafverteidiger) nach dem EuRAG, StraFo 2001, 221; Willms Die Besorgung fremder Rechtsangelegenheiten durch Rechtslehrer an deutschen Hochschulen, NJW 1987, 1302; Wreesmann/Schmidt-Kessel Unentgeltliche Rechtsberatung durch Laien nach dem RDG, NJOZ 2008, 4061.

A. Regelungsgehalt der Norm

1 § 138 umschreibt in den Absätzen 1 und 2 den Kreis der Personen, die durch den Beschuldigten oder seinen gesetzlichen Vertreter als Verteidiger gewählt werden dürfen. § 138 hat keine Bedeu-

tung für die Bestellung eines Pflichtverteidigers,¹ sondern konkretisiert den Anspruch auf Wahlverteidigung (Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK; vgl. hierzu näher Vor § 137 Rn. 27 ff., § 137 Rn. 2); Bestimmte Personen sind allein aufgrund ihrer Zugehörigkeit zu einer bestimmten Berufsgruppe als Wahlverteidiger wählbar (vgl. Absatz 1; § 138 Rn. 2 ff.); bei allen übrigen Personen setzt die Wahl als Verteidiger eine Genehmigung durch das Gericht voraus und ist in den Fällen notwendiger Verteidigung zudem nur eingeschränkt möglich (vgl. Absatz 2; § 138 Rn. 24 ff.). Ergänzt wird § 138 durch die Sonderregelung des § 392 AO (vgl. § 138 Rn. 23) sowie die Regelungen des EuRAG (vgl. § 138 Rn. 4 ff.). Der durch das 2. Opferrechtsreformgesetz² eingefügt Absatz 3 überträgt die für den Beschuldigten nach Absatz 1 sowie Absatz 2 S. 1 eröffneten Wahlmöglichkeiten auf den Zeugen und die weiteren in Absatz 3 genannten privaten Verfahrensbeiträgten, soweit sich diese eines rechtlichen Beistands bedienen wollen (vgl. § 138 Rn. 56).

B. Wahlverteidiger kraft Status (Absatz 1)

Rechtsanwälte sowie die Rechtslehrer an deutschen Hochschulen können nach Absatz 1 stets als Verteidiger gewählt werden. Die früher herrschende einschränkende Auslegung des Begriffs »deutsch«³ hat angesichts der Wiedervereinigung keine Bedeutung mehr.⁴

I. Rechtsanwälte als Wahlverteidiger

1. Zugelassene und weitere Rechtsanwälte

Absatz 1 erfasst zunächst alle nach den §§ 4 ff. BRAO zugelassenen Rechtsanwälte, d. h. zunächst alle Personen welche die Befähigung zum Richteramt (§§ 5, 7 DRiG) haben.⁵ Die BRAO ist mit dem Art. 21 Abs. 1 des Gesetzes zur Neuordnung des Berufsrechts der Rechtsanwälte und der Patentanwälte vom 02.09.1994⁶ auch in den neuen Bundesländern in Kraft getreten. Die Zulassung der Rechtsanwälte, die nach dem Rechtsanwaltsgesetz der ehemaligen DDR vom 13.09.1990 zugelassen worden sind, wirkt nach der Bundesrechtsanwaltsordnung fort (§ 214 BRAO).⁷

Rechtsanwälte aus europäischen Ländern können nach den §§ 4 ff. BRAO zugelassen werden, wenn sie eine mindestens dreijährige effektive und regelmäßige Tätigkeit als niedergelassener europäischer Rechtsanwalt in Deutschland (vgl. § 138 Rn. 5) auf dem Gebiete des deutschen Rechts einschließlich des Gemeinschaftsrechts nachweisen können (vgl. dazu § 11 Abs. 1 Satz 1, §§ 12, 13 ff. EuRAG⁸. Des Weiteren kann sich ein Rechtsanwalt aus dem europäischen Ausland auch einer Eignungsprüfung stellen (§ 16 ff. EuRAG), aufgrund derer er die Zulassung als Rechtsanwalt in Deutschland erreichen kann (vgl. § 4 BRAO).⁹

Ausländische Rechtsanwälte (vgl. aber auch unten § 138 Rn. 27), die als niedergelassene europäische Rechtsanwälte in eine (deutsche) Rechtsanwaltskammer aufgenommen sind, aber nicht nach der BRAO zugelassen sind, sind den deutschen Rechtsanwälten nach den §§ 2 ff. Eu-

1 KK/Laufhütte § 138 Rn. 1.
 2 Gesetz zur Stärkung der Rechte von Verletzten und Zeugen im Strafverfahren vom 29. Juli 2009 (BGBl. I S. 2280).
 3 Vgl. BGHSr 30, 1 ff.; 8, 194 (199 f.); AK-StPO/Stem § 138 Rn. 10; KK⁵/Laufhütte § 138 Rn. 2.
 4 KK/Laufhütte § 138 Rn. 2.
 5 Vgl. LR/Lüderssen/Jahn § 138 Rn. 2; Schlegel S. 46 f.
 6 BGBl. 1994 I S. 2278, 2294.
 7 KK/Laufhütte § 138 Rn. 2.
 8 Gesetz über die Tätigkeit europäischer Rechtsanwälte in Deutschland vom 9. März 2000 (BGBl. I S. 182, 1349), zuletzt geändert durch Artikel 2 des Gesetzes vom 30. Juli 2009 (BGBl. I S. 2449).
 9 LR/Lüderssen/Jahn § 138 Rn. 3b.

RAG gleichgestellt;¹⁰ Sie dürfen daher nach Absatz 1 allein tätig werden.¹¹ Die europäischen Rechtsanwälte dürfen jedoch nur unter der Berufsbezeichnung ihres Herkunftsstaates auftreten und nicht mit der Bezeichnung »europäischer Rechtsanwalt« werben (§ 2 Abs. 1 sowie § 5 EuRAG).¹² Der europäische Rechtsanwalt unterliegt grundsätzlich allen Vorschriften, die auf den in Deutschland zugelassenen Rechtsanwalt Anwendung finden.¹³

6 Auch der in Deutschland tätige, **dienstleistende europäische Rechtsanwalt** (vgl. § 25 ff. EuRAG) kann die Verteidigung grundsätzlich eigenverantwortlich führen.¹⁴ Etwas anderes gilt in den Fällen, in denen der dienstleistende europäische Rechtsanwalt nur im Einvernehmen mit einem deutschen Rechtsanwalt handeln darf;¹⁵ Soweit eine notwendige Verteidigung vorliegt (§ 28 Abs. 1 EuRAG), muss ein sog. Einvernehmensanwalt (§ 138 Rn. 7) mitwirken.¹⁶ Gleiches gilt grundsätzlich dann, wenn der Kontakt zu einem nicht auf freiem Fuß befindlichen Mandanten hergestellt werden soll (§ 30 Abs. 1 S. 1 EuRAG), wobei die Befreiungsmöglichkeit nach § 30 Abs. 2 EuRAG zu beachten ist. Auf den Einvernehmensanwalt finden gemäß § 30 Abs. 3 EuRAG die §§ 138a bis 138d, 146, 146a, 148 sowie die §§ 26, 27 Abs. 3, 29 Abs. 1, 31 Abs. 4 StVollzG entsprechende Anwendung.¹⁷

7 Ist die Mitwirkung eines **Einvernehmensanwaltes** erforderlich, darf dieser einerseits nicht selbst ein dienstleistender europäischer Rechtsanwalt sein,¹⁸ muss aber andererseits nicht selbst in dem Verfahren Bevollmächtigter oder Verteidiger sein (§ 28 Abs. 3 EuRAG).¹⁹ Handelt ein dienstleistender europäischer Rechtsanwalt ohne das nachgewiesene Einvernehmen, ist seine Handlung unwirksam (§ 29 Abs. 3 EuRAG). Die Mitwirkung eines gleichgestellten europäischen Rechtsanwalts, welcher der deutschen Sprache nicht mächtig ist, hat zur Folge, dass ein Dolmetscher zu bestellen ist (§ 185 GVG).²⁰ Die Kosten für den Einsatz eines Dolmetschers, der im Zusammenhang mit der Tätigkeit des erforderlichen deutschen Einvernehmensanwalts hinzugezogen werden muss, fallen nicht in den Anwendungsbereich des Art. 6 Abs. 3 lit. e EMRK, wenn der Beschuldigte den der deutschen Sprache nicht mächtigen dienstleistenden europäischen Verteidiger gewählt hat.²¹

2. Einschränkungen bei zugelassenen Rechtsanwälten

8 Eine Beschränkung der freien Wahl gilt für die **Rechtsanwälte, die beim BGH zugelassen sind**: Sie dürfen grundsätzlich nur vor dem BGH, den anderen obersten Gerichten des Bundes, dem Gemeinsamen Senat der obersten Gerichtshöfe, dem BVerfG oder internationalen Gerichten wie dem EGMR auftreten (§ 172 BRAO).²² Zur Verteidigung vor dem BGH gehören auch die Revisionseinlegung beim Landgericht und die im Zusammenhang mit der Begründung der

10 Vgl. Henssler/Prütting/Lörcher § 2 EuRAG Rn. 3.

11 KK/Laufhütte § 138 Rn. 13; Meyer-Göfner § 138 Rn. 3; Schlegel S. 47.

12 LR/Lüderssen/Jahn § 138 Rn. 7.

13 LR/Lüderssen/Jahn § 138 Rn. 7a.

14 KMR/Hiebl Rn. 14.

15 LR/Lüderssen/Jahn § 138 Rn. 7c ff.; Meyer-Göfner § 138 Rn. 3; HK/Julius § 138 Rn. 4; Schlegel S. 47 f.; Werner StraFo 2001, 221 ff.

16 LR/Lüderssen/Jahn § 138 Rn. 7d f.; KMR/Hiebl (31. EL) § 138 Rn. 13; Werner StraFo 2001, 221 (222).

17 LR/Lüderssen/Jahn § 138 Rn. 7e; Werner StraFo 2001, 221 (222).

18 LR/Lüderssen/Jahn § 138 Rn. 7d; Werner StraFo 2001, 221 (222).

19 Vgl. EuGH NJW 1988, 887 m. Anm. Bleckmann JZ 1988, 50 ff.; HK/Julius § 138 Rn. 4; Henssler/Prütting/Kilian § 28 EuRAG Rn. 4; Kühne Rn. 166; Schlegel S. 44, 47 f.

20 KK/Laufhütte § 138 Rn. 13.

21 KG Berlin NStZ 2002, 52; Meyer-Göfner § 138 Rn. 3.

22 LR/Lüderssen/Jahn § 138 Rn. 5; AK-StPO/Stern § 138 Rn. 11; KK/Laufhütte § 138 Rn. 3; Meyer-Göfner § 138 Rn. 2; KMR/Hiebl (31. EL) § 138 Rn. 3.

Revision vorzunehmenden Handlungen, wie z. B. eine Anfrage nach der Geschäftsverteilung zur Begründung einer Besetzungsrüge.²³

Ein Rechtsanwalt kann nicht zum Verteidiger gewählt werden, wenn ihm aufgrund einer von den Strafgerichten oder den Landesgerichten angeordneten Maßnahme die **Übernahme von Verteidigungen verboten** ist.²⁴ Wird einem in Deutschland niedergelassenen oder dienstleistenden europäischen Rechtsanwalt seitens der zuständigen Stelle des Herkunftslandes die Berechtigung zur Ausübung seiner beruflichen Tätigkeit vorläufig, zeitweilig oder dauernd entzogen, hat er seine Tätigkeit in Deutschland einzustellen (§ 6 Abs. 4 EuRAG).²⁵

Ein **Syndikusanwalt** kann dann als Anwalt im Strafverfahren auftreten, wenn er außerhalb seines Dienstverhältnisses handelt.²⁶ Dies ist zum einen der Fall, wenn der Syndikusanwalt von einer anderen Person als seinem Arbeitgeber zum Verteidiger gewählt wird. Grundsätzlich sind auch Mitarbeiter des Unternehmens, bei dem der Syndikus beschäftigt ist, als andere Personen in diesem Sinne anzusehen.²⁷ Der Syndikusanwalt unterliegt allerdings den berufsrechtlichen Einschränkungen des § 46 BRAO, nach denen er keine gesetzlichen Vertreter seines Arbeitgebers vertreten darf.²⁸ Soweit der Syndikusanwalt danach strafverfahrensrechtlich nicht als **Rechtsanwalt** tätig werden darf, kommt allerdings eine Verteidigerbestellung gemäß § 138 Abs. 2 nach den dortigen Maßstäben in Betracht (vgl. § 138 Rn. 24 ff., 36 ff.).²⁹ Ein ständiger anwaltlicher Berater darf auch in Wirtschafts- und Strafverfahren Verteidiger sein.³⁰

Ein **Beschuldiger, der selbst Rechtsanwalt ist**, kann sich nicht selbst zum Verteidiger bestellen.³¹ Auch eine Verteidigerbestellung nach § 138 Abs. 2 scheidet in diesem Fall aus.³² Es soll jedoch zulässig sein, dass der Rechtsanwalt im Revisionsverfahren die Revisionschrift und im Wiederaufnahmeverfahren den Wiederaufnahmeantrag selbst unterschreibt, sofern er noch zugelassen ist und kein Berufsverbot gegen ihn verhängt ist (§§ 345 Abs. 2, 366 Abs. 2).³³ Die jedem Beschuldigten – und damit auch dem beschuldigten Rechtsanwalt – gestattete Selbstverteidigung und die sich daran anschließenden Verteidigungsrechte des Beschuldigten (vgl. Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK) stehen auch dem beschuldigten Rechtsanwalt zur Verfügung.

Ein **Rechtsanwalt, der selbst angeklagt ist, kann einen Mitangeklagten nicht verteidigen**.³⁴ Wird ein Rechtsanwalt, nachdem das Hauptverfahren gegen ihn eröffnet wurde, von einem Mitangeklagten als Verteidiger gewählt, ist er durch Beschluss des erkennenden Gerichts

23 LR/Lüderssen/Jahn § 138 Rn. 5; KK/Laufhütte § 138 Rn. 3; KMR/Hiebl (31. EL) § 138 Rn. 3.

24 § 132a StPO, § 70 StGB, §§ 113, 150 ff., 161a BRAO; LR/Lüderssen/Jahn § 138 Rn. 6; AK-StPO/Stern § 138 Rn. 11; Meyer-Göfner § 138 Rn. 2; KMR/Hiebl (31. EL) § 138 Rn. 4.

25 LR/Lüderssen/Jahn § 138 Rn. 7 f.

26 Meyer-Göfner § 138 Rn. 2b; Kramer AnwBl. 2001, 140.

27 Kramer AnwBl. 2001, 140, (141/142); noch weitergehend Hein S. 20, 31, 34: Allein die Zulassung als Rechtsanwalt entscheide, soweit keine Ausschluss- oder Zurückweisungsregelung vorliegt.

28 Meyer-Göfner § 138 Rn. 3; Kramer AnwBl. 2001, 140 (141 ff.); Hein S. 31 ff., 43 ff.

29 Kramer AnwBl. 2001, 140 (143).

30 Meyer-Göfner § 138 Rn. 2b; a. A. unter berufsrechtlichen Gesichtspunkten Birkenstock wistra 2002, 47 (51 f.).

31 BVerfGE 53, 207 (214 ff.); BVerfG NJW 1998, 2205; NStZ 1988, 282; BGH NJW 1954, 1415; EGH Stuttgart AnwBl. 1983, 331 m. abl. Anm. Schmidt; LG Göttingen Nds. Rpfl. 1991, 59 (60); LG Nürnberg-Fürth NJW 1973, 913; 1974, 2246 f.; AK-StPO/Stern § 138 Rn. 2; KK/Laufhütte § 138 Rn. 3; Meyer-Göfner § 138 Rn. 6; KMR/Hiebl (31. EL) § 138 Rn. 5; Kühne Rn. 236.1; Kurzka MDR 1974, 817; a. A. in kostenrechtlicher Hinsicht OLG Frankfurt NJW 1973, 1991 f.; AG Gießen AnwBl 1983, 331: Erstattung der Verteidigergebühren bei Freispruch.

32 OLG Karlsruhe Justiz 1997, 378; Meyer-Göfner § 138 Rn. 6.

33 KK/Laufhütte § 138 Rn. 3; Meyer-Göfner § 345 Rn. 13.

34 BGH StV 1996, 469; BGHR StPO § 138a Anwendungsbereich 1; OLG Celle NJW 2001, 3564; AK-StPO/Stern § 138 Rn. 2; KK/Laufhütte § 138 Rn. 4.

zurückzuweisen, wobei die Zurückweisung nicht nach den §§ 138a ff. erfolgt, sondern in entsprechender Anwendung des § 146a.³⁵

- 13 Dass ein **Rechtsanwalt als Zeuge** in Betracht kommt, hindert seine Wahl nicht,³⁶ wobei für den Zeitraum seiner Aussage als Zeuge im Fall notwendiger Verteidigung ein anderer Verteidiger zu bestellen ist.³⁷ Im Anschluss an seine Zeugenaussage kann der Verteidiger die Verteidigung grundsätzlich fortsetzen.³⁸ Standeswidrig ist die Fortsetzung des Mandats dann, wenn der Verteidiger seinen Mandanten durch seine Aussage belasten musste.³⁹ In diesem Fall ist die Fortführung der Verteidigung zwar nicht prozessual unzulässig, doch ist im Hinblick auf die Notwendigkeit, die den Beschuldigten belastende Aussage zu würdigen, ein Pflichtverteidiger neben dem Wahlverteidiger zu bestellen.⁴⁰

3. Rechtsfolgen

- 14 **Prozesshandlungen**, die ein **zugelassener Rechtsanwalt** als Verteidiger vornimmt, sind entsprechend § 155 Abs. 5 BRAO bzw. § 146a Abs. 2 auch dann als wirksam anzusehen, wenn der Rechtsanwalt als Verteidiger nicht gewählt werden konnte.⁴¹ Das zuständige Gericht hat den Verteidiger entsprechend § 146a Abs. 1 zurückzuweisen.⁴²
- 15 Ist die Zulassung eines Rechtsanwalts dagegen erloschen, kann der frühere Rechtsanwalt Verteidigungshandlungen nur unter den Voraussetzungen des § 138 Abs. 2 wirksam vornehmen.⁴³ Tritt der Rechtsanwalt ohne eine derartige Zulassung als Wahlverteidiger auf, wird er als »**Scheinverteidiger**« tätig, mit der Folge, dass im Fall einer notwendigen Verteidigung der Revisionsgrund nach § 338 Nr. 5 vorliegen kann.⁴⁴ Ein nach Beratung mit einem Scheinverteidiger erklärter Rechtsmittelverzicht ist grundsätzlich unwirksam und kann zur Wiedereinsetzung in die Versäumung der Rechtsmittelfrist führen.⁴⁵

35 BGH StV 1996, 469; OLG Celle NJW 2001, 3564; BGHR StPO § 138a Anwendungsbereich 1; KK/Laufhütte § 138 Rn. 4; a. A. OLG Stuttgart Justiz 1987, 80; Kühne Rn. 236.1; vgl. aber auch OLG Hamm NStZ-RR 2008, 252 f.; Dass gegen den Verteidiger ermittelt wird, reicht noch nicht aus; hier sind die §§ 138a ff. anzuwenden.

36 SK-StPO/Rogall (Loseblattausgabe, 41. EL 2004) Vor § 48 Rn. 56 ff.; AK-StPO/Stern § 138 Rn. 3; HK/Julius § 138 Rn. 6; Eb. Schmidt NJW 1963, 1753 (1754 f.); vgl. auch implizit BGH StV 1985, 442.

37 BGH NJW 1953, 1600 (1601); BGH StV 1985, 442; SK-StPO/Rogall (Loseblattausgabe, 41. EL 2004) Vor § 48 Rn. 56; AK-StPO/Stern § 138 Rn. 3; HK/Julius § 138 Rn. 6; Fezer 13/33.

38 BGH StV 1985, 442; BGH NJW 1953, 1600 (1601); RGSt 54, 175 f.; SK-StPO/Rogall (Loseblattausgabe, 41. EL 2004) Vor § 48 Rn. 56; AK-StPO/Stern § 138 Rn. 3; Meyer-Göfner Vor § 48 Rn. 18; Eb. Schmidt NJW 1963, 1753 (1754 f.); Fezer 13/33; a. A. RGSt 24, 104 (105 ff.); zum älteren Schrifttum und zur Entwicklung der reichsgerichtlichen Rechtsprechung vgl. SK-StPO/Rogall (Loseblattausgabe, 41. EL 2004) Vor § 48 Rn. 58.

39 BVerfGE 16, 214 (217); SK-StPO/Rogall (Loseblattausgabe, 41. EL 2004) Vor § 48 Rn. 57; HK/Julius § 138 Rn. 6; AK-StPO/Stern § 138 Rn. 4; unentschieden Kramer Jura 1983, 113 (115/116).

40 BGH StV 1985, 442; SK-StPO/Rogall (Loseblattausgabe, 41. EL 2004) Vor § 48 Rn. 56; AK-StPO/Stern § 138 Rn. 3 f.; HK/Julius § 138 Rn. 6; Fezer 13/33; vgl. auch BVerfGE 16, 214 (220); BGH NJW 1967, 404 f.

41 OLG Celle NStZ 1989, 41 m. Anm. Feuerich NStZ 1989, 338; LR/Lüderssen/Jahn § 138 Rn. 6; AK-StPO/Stern § 138 Rn. 11; KK/Laufhütte § 138 Rn. 4; Meyer-Göfner § 138 Rn. 2; KMR/Hiebl (31. EL) § 138 Rn. 3; zur Geltung auch beim Handeln des Rechtsanwaltes in eigener Sache OLG Oldenburg Nds. Rpfl. 1963, 117.

42 AK-StPO/Stern § 138 Rn. 11; KK/Laufhütte § 138 Rn. 4; Meyer-Göfner § 138 Rn. 2.

43 KK/Laufhütte § 138 Rn. 4.

44 BGH NJW 2002, 1436 m. zust. Anm. Beulke/Angerer NStZ 2002, 443; KK/Laufhütte § 138 Rn. 4.

45 BGH NJW 2002, 1436 m. zust. Anm. Beulke/Angerer NStZ 2002, 443; KK/Laufhütte § 138 Rn. 4.

II. Rechtslehrer an deutschen Hochschulen

1. Der Begriff des Rechtslehrers

Die Rechtslehrer an deutschen staatlichen Hochschulen i. S. d. § 1 Hochschulrahmengesetz zählen grundsätzlich zu den frei wählbaren Wahlverteidigern. Zu den Rechtslehrern zählen dabei sowohl ordentliche als auch außerordentliche Professoren einschließlich der emeritierten Professoren und der Honorarprofessoren.⁴⁶ Eine Mitgliedschaft in einer juristischen Fakultät ist nicht erforderlich.⁴⁷ Auch Privatdozenten, welche die Befähigung haben, ein Rechtsgebiet an einer deutschen Universität oder gleichrangigen Hochschule selbstständig zu lehren, sind nach Absatz 1 wählbar.⁴⁸

Mit dem Verweis auf das Hochschulrahmengesetz erkennt Absatz 1 in seiner seit 2004 geltenden Fassung⁴⁹ ausdrücklich an, dass auch **Fachhochschullehrer** als zur Verteidigung berechnete Hochschullehrer zu betrachten sind, wenn sie die Befähigung zum Richteramt besitzen.⁵⁰

Lehrbeauftragte und wissenschaftliche Assistenten an wissenschaftlichen Hochschulen sind keine Hochschullehrer; die Wählbarkeit als Verteidiger ist hier von einer Genehmigung des Gerichts nach § 138 Abs. 2 abhängig oder davon, dass eine Zulassung als Rechtsanwalt besteht.⁵¹

Wechselt der Hochschullehrer an eine ausländische Universität, kann er neue Mandate nicht mehr annehmen, die vor dem Wechsel bereits übernommenen Mandate aber fortführen.⁵² Verliert der Hochschullehrer seine Lehrbefugnis, verliert er auch seine Stellung als Wahlverteidi-

46 LR/Lüderssen/Jahn § 138 Rn. 9; AK-StPO/Stern § 138 Rn. 13; KK/Laufhütte § 138 Rn. 5; Meyer-Göfner § 138 Rn. 4; KMR/Hiebl (31. EL) § 138 Rn. 18; HK/Julius § 138 Rn. 5; Neuhaus StV 2002, 43 (45); Schröter S. 31 ff.; Kühne Rn. 167.

47 LR/Lüderssen/Jahn § 138 Rn. 9; KK/Laufhütte § 138 Rn. 5; Peters JZ 1956, 289 f.; a. A. noch KG Berlin JZ 1956, 288 (289).

48 KK/Laufhütte § 138 Rn. 5; Schröter S. 38 f., 48 ff.; Meyer-Göfner § 138 Rn. 4; Eb. Schmidt LK II, § 138 Rn. 7; bei Lehrauftrag hinsichtlich einer deutschen Rechtsdisziplin; a. A. LR/Lüderssen/Jahn § 138 Rn. 9 für den Fall, dass die Dozenten einen anderen Hauptberuf haben.

49 Vgl. Gesetz v. 24.08.2004 (BGBl. I S. 2198).

50 Vgl. Deumeland RpflStud. 2004, 178; so auch bereits BGHSt 48, 350 (354); OLG Dresden StraFo 2000, 338 (339 f.); LR/Lüderssen/Jahn § 138 Rn. 3, 9; KK/Laufhütte § 138 Rn. 5; Meyer-Göfner § 138 Rn. 4; Quedenfeld/Füllsack Rn. 5; Maas S. 13 ff.; Schachtschneider JA 1977, 121 (122 ff.); HK/Julius § 138 Rn. 5; a. A. – noch zum alten Recht – OLG Brandenburg NStZ-RR 2004, 85 (86); OLG Jena StraFo 1999, 349 m. Anm. Deumeland; LR/Lüderssen § 138 Rn. 9; AK-StPO/Stern § 138 Rn. 13; KMR/Hiebl (31. EL) § 138 Rn. 19; Kühne Rn. 167; Neuhaus StV 2002, 43 (45); Schröter S. 41 ff.; abl. für Fachhochschullehrer an einer Gesamthochschule auch noch BGHSt 34, 85 (87 f.); zu § 67 VwGO vgl. BVerwG NJW 1975, 1899 m. abl. Anm. Wöchner und zust. Anm. Bieler NJW 1975, 2356; BVerwG NJW 1979, 1174 f.; OVG Münster NJW 1980, 1590.

51 KG Berlin JZ 1956, 288 m. abl. Anm. Peters; LR/Lüderssen/Jahn § 138 Rn. 9; AK-StPO/Stern § 138 Rn. 13; Meyer-Göfner § 138 Rn. 4; HK/Julius § 138 Rn. 5; Schröter S. 40 f., 47 ff., 52; Kühne Rn. 167; einen Verstoß gegen die Berliner Verfassung ablehnend BerVerfGH NJW 1995, 1212; vgl. auch BVerwG NJW 1970, 2314 (2315); a. A. – soweit selbstständig gelehrt wird – OLG Jena StraFo 1999, 349; Eb. Schmidt II, § 138 Rn. 7; LR²³/Dürnebiel Rn. 8; KK/Laufhütte § 138 Rn. 5; H. Müller JZ 1956, 524 f.; Peters JZ 1956, 289 f.; a. A. für Lehrbeauftragte: Deumeland StraFo 1999, 350; ders. ZMR 1996, 386; ders. RpflStud. 2004, 178 (179); Neuhaus StV 2002, 43 (45); KMR/Hiebl (31. EL) § 138 Rn. 20, ausdrücklich anders für wiss. Assistenten in Rn. 21.

52 OLG Koblenz NStZ 1981, 403 f.; LR/Lüderssen/Jahn § 138 Rn. 9; AK-StPO/Stern § 138 Rn. 14; Meyer-Göfner § 138 Rn. 4; KMR/Hiebl (31. EL) § 138 Rn. 18; HK/Julius § 138 Rn. 5; Schröter S. 58 ff.; a. A. Bergmann MDR 1982, 97 f.

ger.⁵³ Dies muss entsprechend der Praxis beim »Scheinverteidiger« (vgl. § 138 Rn. 15) auch für bereits übernommene Mandate gelten.⁵⁴

- 20 Die allgemeine Zulassung von Hochschullehrern als Verteidiger nach § 138 Abs. 1 stellt eine Erlaubnis i. S. v. § 5 Abs. 1 RDG dar, nach dem Rechtsdienstleistungen im Zusammenhang mit einer anderen Tätigkeit zugelassen sind, wenn sie als Nebenleistung zum Berufs- oder Tätigkeitsbild gehören. Hochschullehrern ist damit ausdrücklich auch die *außergerichtliche, selbständige und entgeltliche* Verteidigung erlaubt (§ 1 Abs. 1, § 3 RDG).⁵⁵

2. Partielle Übertragung der für Rechtsanwälte geltenden Regelungen

- 21 Auch bei Rechtslehrern richtet sich die **Vergütung nach den für Rechtsanwälte geltenden Vorgaben**, soweit eine sinngemäße Anwendung möglich ist.⁵⁶ Wenn auch bei Rechtslehrern möglicherweise nicht jeder Kostenfaktor zu Buche schlägt, der bei einem Rechtsanwalt einschlägig sein kann, bleiben die für Rechtsanwälte geltenden Gebührensätze der einzige Anhaltspunkt für die Bestimmung des marktüblichen Werts der durch den Hochschullehrer erbrachten Leistung. Es ist dem Hochschullehrer unbenommen, Honorarvereinbarungen abzuschließen, die den Anspruch auf eine die gesetzlichen Gebühren übersteigende Vergütung begründen. Soweit die entsprechende Vereinbarung nicht ausdrücklich etwas anderes bestimmt, steht das die gesetzlichen Gebühren übersteigende Honorar dem Hochschullehrer allerdings nur dann zu, wenn er in der Hauptverhandlung selbst aufgetreten ist.⁵⁷
- 22 **Zustellungen** gemäß § 37 Abs. 1 S. 1 können an einen Rechtslehrer an einer deutschen Hochschule analog § 174 ZPO durch Empfangsbekanntnis bewirkt werden.⁵⁸ Der Hochschullehrer unterliegt – abgesehen von der fehlenden standesrechtlichen Einbindung – den **Sorgfaltspflichten**, die für einen Rechtsanwalt gelten.⁵⁹ Auch für den Hochschullehrer gilt, dass er sich nicht selbst in eigener Sache als formeller Verteidiger bestellen kann (vgl. ergänzend § 138 Rn. 11).⁶⁰

III. Erweiterung im Steuerstrafverfahren durch § 392 AO 1977

- 23 Im Steuerstrafverfahren können, wenn die Finanzbehörde das Verfahren selbstständig führt, auch Steuerberater, Steuerbevollmächtigte, Wirtschaftsprüfer und vereidigte Buchprüfer zu Ver-

53 OLG Koblenz NStZ 1981, 403; Meyer-Göfner § 138 Rn. 4; H. Müller JZ 1956, 524 (525).

54 So offenbar auch OLG Koblenz NStZ 1981, 403.

55 BT-Drucks. 16/3655 S. 53; Henssler/Prütting/Weth § 5 RDG Rn. 21; Schlegel S. 128; vgl. auch zu § 138 Abs. 1 als Durchbrechung des früheren RBERG BVerfG NJW 1988, 2535; VGH München NJW 1987, 460; 1988, 2554 f.; LR/Lüderssen/Jahn § 138 Rn. 9; KMR/Hiebl Rn. 24 f.; Kühne Rn. 168; Willms NJW 1987, 1302 ff.; a. A. OVG Koblenz NJW 1988, 2555 ff.; VGH München NJW 1988, 2553 f.; Bornemann MDR 1985, 192 ff.; Chemnitz NJW 87, 2421 f.; Nestler FS Kohlmann S. 664 f.; Ostler AnwBl. 1987, 263 ff.; Schröter S. 216 ff.; offenbar auch OLG Dresden NJW 1998, 90 (92); für eine restriktive Auslegung des § 138 Abs. 1 HK/Julius § 138 Rn. 1; Kühne Rn. 167.

56 OLG Düsseldorf NStZ 1996, 99 m. zust. Anm. Deumeland; OLG Düsseldorf wistra 1995, 79 f.; LR/Lüderssen/Jahn § 138 Rn. 9; AK-StPO/Stern § 137 Rn. 7; KK/Laufhütte § 138 Rn. 5; Meyer-Göfner § 138 Rn. 4; KMR/Hiebl (31. EL) § 138 Rn. 23; Schröter S. 240 ff.; Willms NJW 1987, 1302 (1307); a. A. LG Gießen AnwBl. 1987, 499 f. m. abl. Anm. Hermann; Chemnitz NJW 87, 2421 (2422).

57 KG Berlin NStZ-RR 2000, 191.

58 Vgl. BGH NStZ 1997, 145; KK/Laufhütte § 138 Rn. 5; KMR/Hiebl (31. EL) § 138 Rn. 22.

59 HK/Julius § 138 Rn. 1; KMR/Hiebl (31. EL) § 138 Rn. 22; vgl. auch – am Beispiel der Fristenüberwachung – BGH NStZ 1997, 145.

60 AK-StPO/Stern § 138 Rn. 2; KK/Laufhütte § 138 Rn. 5; Meyer-Göfner § 138 Rn. 6; Schröter S. 188 f.

teidigern gewählt werden (§ 392 Abs. 1 Hs. 1 AO).⁶¹ Die erfassten Berufsgruppen erlangen dabei jedoch nicht die Stellung eines Rechtsanwaltes.⁶² Im staatsanwaltschaftlich geführten Ermittlungsverfahren und im gerichtlichen Verfahren können die Vertreter dieser Berufsgruppen nicht allein, sondern grundsätzlich nur in Gemeinschaft mit einem Rechtsanwalt oder einem Hochschullehrer führen (§ 392 Abs. 1 Hs. 2 AO; vgl. zur gemeinschaftlichen Verteidigung auch § 138 Rn. 45 ff.).⁶³ Das Gericht kann jedoch dann, wenn kein Fall der notwendigen Verteidigung vorliegt, nach den §§ 138 Abs. 2, 392 Abs. 2 AO 1977 die Alleinvertretung genehmigen (vgl. § 138 Rn. 24 ff.).⁶⁴

C. Wahlverteidiger kraft Genehmigung des Gerichts (Absatz 2)

Zusätzlich zu den nach § 138 Abs. 1 sowie § 392 AO erfassten Gruppen kann ein Beschuldigter eine Person nur dann als Verteidiger wählen, wenn das Gericht diese Wahl genehmigt (Absatz 2 S. 1).⁶⁵ Liegt ein Fall notwendiger Verteidigung vor (vgl. § 140), kann die Zulassung nur erfolgen, wenn die Wahlverteidigung in Gemeinschaft mit einer Person geführt wird, die ohne Genehmigung als Verteidiger gewählt werden kann (Absatz 2 S. 2; vgl. näher § 138 Rn. 45 ff.). Im Auslieferungsverfahren ist § 138 Abs. 2 weder direkt noch entsprechend anwendbar.⁶⁶

Absatz 2 ist dabei **nicht von vornherein eng auszulegen**, sondern ist im Lichte der grundsätzlichen Wahlfreiheit des Beschuldigten (vgl. § 137 Rn. 2, 21) als eine Erweiterung des Kreises der möglichen Verteidiger zu begreifen, die dem Vertrauensinteresse des Beschuldigten und nicht den Interessen der Rechtsanwaltschaft dient.⁶⁷

Die Genehmigung ist auch bei Rechtsbeiständen erforderlich, selbst wenn diese Mitglieder einer Rechtsanwaltskammer sind.⁶⁸

Die Grundsätze des § 138 Abs. 2 gelten prinzipiell auch für **ausländische Rechtsanwälte**.⁶⁹ Besonderheiten bestehen jedoch dann, wenn Gemeinschaftsrecht anwendbar ist (vgl. § 138 Rn. 4 ff.). Gegebenenfalls ist für den nach Abs. 2 zugelassenen ausländischen Verteidiger ein Dol-

61 LR/Lüderssen/Jahn § 138 Rn. 8; AK-StPO/Stern § 138 Rn. 16; KK/Laufhütte § 138 Rn. 6; Meyer-Göfner § 138 Rn. 5; Hammerstein JR 1988, 391; Lohmeyer MDR 1974, 199; Quedenfeld/Füllsack Rn. 10 ff.; vgl. eingehend Maas S. 10 ff.

62 BGH Senat für Anwaltsachen, Beschl. v. 13.11.1978, AnwZ (B) 28/78; KK/Laufhütte § 138 Rn. 6; Hammerstein JR 1988, 391 f.; vgl. auch BGHZ 94, 65 (71): Die Tätigkeit für eine Steuerberatungs- und Wirtschaftsprüfungsgesellschaft darf nicht mit dem Anschein verbunden sein, die Gesellschaft übe ihre Tätigkeiten als Rechtsanwalt aus.

63 KK/Laufhütte § 138 Rn. 6; Meyer-Göfner § 138 Rn. 5; vgl. näher Bornheim wistra 1997, 212 ff.; Hammerstein JR 1988, 391 f.; Maas S. 56 ff., 143 ff.; Quedenfeld/Füllsack Rn. 11 ff.; am Beispiel der Rechtsmittel-einlegung im Bußgeldverfahren OLG Hamburg NJW 1981, 934.

64 AK-StPO/Stern § 138 Rn. 16; KK/Laufhütte § 138 Rn. 6; Quedenfeld/Füllsack Rn. 11.

65 LR/Lüderssen/Jahn § 138 Rn. 23, der darauf hinweist, dass hierin zugleich die Zulassung als Verteidiger liegt.

66 OLG Koblenz NJW 1982, 1955; LR/Lüderssen/Jahn § 138 Rn. 26; KK/Laufhütte § 138 Rn. 7.

67 Wie hier im Ergebnis auch BayObLG MDR 1978, 862; OLG Bremen NJW 1951, 123; OLG Düsseldorf NStZ 1999, 586 (587); OLG Hamm NStZ 2007, 238 (239); KG Berlin JZ 1956, 288 (289); LR/Lüderssen/Jahn § 138 Rn. 24; AK-StPO/Stern § 138 Rn. 18; KMR/Hiebl (31. EL) § 138 Rn. 27, 36; HK/Julius § 138 Rn. 2; Hilla NJW 1988, 2525; Nestler FS Kohlmann, S. 658; a. A. OLG Düsseldorf NStZ 1988, 91 f.; OLG Karlsruhe NJW 1988, 2549 m. abl. Anm. Hammerstein JR 1988, 391 f.; OLG Oldenburg NJW 1958, 33; Eh. Schmidt LK II, § 138 Rn. 1; ders. Nachtr. I, § 138 Rn. 4; Brangsch NJW 1952, 650 (651).

68 BGHSt 32, 326 (329); OLG Koblenz NStZ 1981, 489; LR/Lüderssen/Jahn § 138 Rn. 26; AK-StPO/Stern § 138 Rn. 18; KK/Laufhütte § 138 Rn. 7; Meyer-Göfner § 138 Rn. 8; HK/Julius § 138 Rn. 3.

69 BGHR § 138 Abs. 2 Genehmigung 1; BGH NStZ 1981, 269; BayObLG DAR (B) 1994, 385; LR/Lüderssen/Jahn § 138 Rn. 26; AK-StPO/Stern § 138 Rn. 18; KK/Laufhütte § 138 Rn. 13; Meyer-Göfner § 138 Rn. 8; HK/Julius § 138 Rn. 2; Brangsch NJW 1981, 1177 (1180).

metscher nach § 185 GVG zu bestellen.⁷⁰ Kann der ausländische Verteidiger aus sonstigen Gründen die Verteidigung faktisch nicht sicherstellen, so hat der Vorsitzende diese in den Fällen notwendiger Verteidigung durch die zusätzliche Bestellung eines Pflichtverteidigers zu gewährleisten.⁷¹

I. Form und Verfahren hinsichtlich der Genehmigung

- 28 Voraussetzung der Genehmigung ist ein entsprechender **Antrag**.⁷² Dieser Antrag kann auch konkludent gestellt werden, z.B. durch das Einlegen eines Rechtsmittels.⁷³ Es reicht aus, dass der Gewählte sich durch eine Vollmacht ausweist und eine Prozesshandlung vornimmt, die erkennen lässt, dass er für einzelne Prozesshandlungen, für einen Verfahrensabschnitt oder das gesamte Verfahren als Verteidiger auftreten will.⁷⁴
- 29 **Zuständig für die Genehmigung** ist das Gericht.⁷⁵ Kollegialgerichte haben in der Besetzung zu entscheiden, die für den Verfahrensabschnitt vorgeschrieben ist, in welchem der Antrag gestellt ist.⁷⁶ Wird der Antrag in der Hauptverhandlung gestellt, haben auch die Schöffen mitzuwirken.⁷⁷
- 30 Die **Zuständigkeit im Ermittlungsverfahren** ist nicht geregelt.⁷⁸ Die Zuständigkeit des Ermittlungsrichters ergibt sich nicht aus § 162 (vgl. zum Anwendungsbereich § 162 Rn. 2 ff.).⁷⁹ Der Ermittlungsrichter ist deshalb nur dann zuständig, wenn die Zulassung auf die Mitwirkung bei einer Untersuchungshandlung nach § 162 beschränkt ist.⁸⁰ Entsprechend anzuwenden ist im Übrigen die Regelung des § 141 Abs. 4, wobei hier nicht der Vorsitzende, sondern das Gericht entscheidet.⁸¹
- 31 Das **Rechtsmittelgericht** ist zuständig, wenn es die Akten gemäß §§ 321 S. 2, 347 Abs. 2 vorgelegt erhalten hat.⁸² Bis dahin bleibt das Gericht zuständig, bei dem das Rechtsmittel eingelegt worden ist.⁸³ Das Gericht kann jedoch abwarten, bis der iudex ad quem entscheiden kann,⁸⁴ soweit der Verteidigung dadurch keine Nachteile erwachsen und insbesondere kein Anhörungsrecht der Verteidigung durch den Aufschub beeinträchtigt wird. Die Versagung einer Genehmi-

70 KK/Laufhütte § 138 Rn. 13; KMR/Hiebl (31. EL) § 138 Rn. 29.

71 KK/Laufhütte § 138 Rn. 13.

72 OLG Schleswig bei *Ernesti/Lorenzen SchlHA* 1986, 104 (105); *Eb. Schmidt LK II*, § 138 Rn. 12; KK/Laufhütte § 138 Rn. 9; Meyer-Göfner § 138 Rn. 11; KMR/Hiebl (31. EL) § 138 Rn. 31.

73 RGSt 55, 213/214; OLG Hamm MDR 1951, 503; Meyer-Göfner § 138 Rn. 11; KK/Laufhütte § 138 Rn. 9; KMR/Hiebl (31. EL) § 138 Rn. 33.

74 KK/Laufhütte § 138 Rn. 9; vgl. BayObLG DAR (B) 1994, 385; Antrag auf Akteneinsicht.

75 LR/Lüderssen/Jahn § 138 Rn. 30; KK/Laufhütte § 138 Rn. 10; Meyer-Göfner § 138 Rn. 16.

76 KK/Laufhütte § 138 Rn. 10.

77 KK/Laufhütte § 138 Rn. 10.

78 KK/Laufhütte § 138 Rn. 10.

79 KK/Laufhütte § 138 Rn. 10; KMR/Hiebl (31. EL) § 138 Rn. 41; LR²³/Dünnebieber § 138 Rn. 20.

80 BGH StV 1993, 113 f.; Meyer-Göfner § 138 Rn. 16; KMR/Hiebl (31. EL) § 138 Rn. 41; HK/Julius § 138 Rn. 7; referierend LR/Lüderssen/Jahn § 138 Rn. 31.

81 BGH StV 1993, 113; LR/Lüderssen/Jahn § 138 Rn. 31; AK-StPO/Stern § 138 Rn. 28; KK/Laufhütte § 138 Rn. 10; Meyer-Göfner § 138 Rn. 16; KMR/Hiebl (31. EL) § 138 Rn. 40; HK/Julius § 138 Rn. 7.

82 LR/Lüderssen/Jahn § 138 Rn. 30; AK-StPO/Stern § 138 Rn. 28; Meyer-Göfner § 138 Rn. 16; KMR/Hiebl (31. EL) § 138 Rn. 40.

83 RGSt 55, 213 (214); 62, 250 (251); BayObLGSt 1973, 121 (122); OLG Hamm MDR 1951, 503; LR/Lüderssen/Jahn § 138 Rn. 30; KMR/Hiebl (31. EL) § 138 Rn. 40.

84 RGSt 62, 250 (251); LR/Lüderssen/Jahn § 138 Rn. 30; Seibert JZ 1951, 440; vgl. aber auch LR²³/Dünnebieber Rn. 20; der so handelnde Richter sollte einen Aktenvermerk machen, dass er noch nicht entschieden habe, um das Missverständnis einer stillschweigenden Genehmigung zu vermeiden.

gung durch ein unteres Gericht bindet das Revisionsgericht nicht, selbst wenn eine gegen die Versagung eingelegte Beschwerde erfolglos war.⁸⁵

Die **StA** ist zu einer eigenmächtigen Zurückweisung des Verteidigers nicht befugt (vgl. auch § 146a Rn. 6).⁸⁶ Im Ermittlungsverfahren ist die StA vor einer Entscheidung des Gerichts anzuhören (§ 33 Abs. 2).⁸⁷ Im Rahmen ihrer Anhörung hat sich die StA zu der für die Zuständigkeit des Gerichts relevanten Frage zu äußern, bei welchem Gericht sie Anklage erheben wird.⁸⁸ Ist die Mitwirkung auf eine richterliche Untersuchungshandlung i. S. des § 162 beschränkt, kann der Ermittlungsrichter die Zulassung in Eilfällen auch ohne Anhörung erteilen.⁸⁹ Gleiches gilt für den im Ermittlungsverfahren zuständigen Haftrichter bei der Beschuldigtenvernehmung nach §§ 115 Abs. 3, 128 Abs. 1 S. 2.⁹⁰

Das Gericht entscheidet grundsätzlich **durch Beschluss**,⁹¹ der im Fall der Ablehnung oder Rücknahme zu begründen ist.⁹²

Die Zulassung nach § 138 Abs. 2 kann sowohl förmlich als auch stillschweigend erteilt werden.⁹³ Eine **stillschweigende Erteilung der Genehmigung** kann z.B. in der Duldung der Tätigkeit, in der Gewährung von Akteneinsicht oder in der Ladung zur Verhandlung liegen.⁹⁴ Erforderlich ist jedoch, dass sich das Gericht hierbei des Erfordernisses einer Genehmigung bewusst war.⁹⁵

Eine **nachträgliche Genehmigung** kann jederzeit erteilt werden, solange das Gericht noch mit der Sache befasst ist und der betroffene Verfahrensabschnitt andauert.⁹⁶ Soweit der Antrag rechtzeitig gestellt worden ist,⁹⁷ wirkt die nachträgliche Genehmigung auf bereits vorgenommene Prozesshandlungen zurück, so dass sie von Anfang an als formgerecht zu behandeln

85 BGHSt 8, 194 (196); BayObLG VRS 55, 190 (192); LR/Lüderssen/Jahn § 138 Rn. 29; Meyer-Göfner § 138 Rn. 16.

86 AK-StPO/Stern § 138 Rn. 29; Meyer-Göfner § 138 Rn. 17.

87 KK/Laufhütte § 138 Rn. 10; Meyer-Göfner § 138 Rn. 12.

88 KK/Laufhütte § 138 Rn. 10.

89 BGHR StPO § 138 Abs. 2 Zulassung 1; KK/Laufhütte § 138 Rn. 10; Meyer-Göfner § 138 Rn. 16.

90 KK/Laufhütte § 138 Rn. 10.

91 OLG Dresden StraFo 2001, 270; OLG Zweibrücken NZV 1993, 493; LR/Lüderssen/Jahn § 138 Rn. 29; AK-StPO/Stern § 138 Rn. 25; Meyer-Göfner § 138 Rn. 12.

92 OLG Bremen NJW 1951, 123; OLG Zweibrücken NZV 1993, 493; LR/Lüderssen/Jahn § 138 Rn. 27, 29; AK-StPO/Stern § 138 Rn. 20, 25; HK/Julius § 138 Rn. 8; a. A. noch *Eb. Schmidt II*, § 138 Rn. 14.

93 BGH StV 1993, 113; BGHR StPO § 138 Abs. 2 Zulassung 1; RGSt 55, 213 (214); 61, 104 (106); BayObLG NStZ 1997, 424; BayObLG DAR (B) 1994, 385; OLG Düsseldorf StraFo 2001, 270; JMBINRW 1980, 215; OLG Hamm MDR 1951, 503; LR/Lüderssen/Jahn § 138 Rn. 27, 29; AK-StPO/Stern § 138 Rn. 25; KK/Laufhütte § 138 Rn. 8.

94 RGSt 61, 104 (106); BayObLG NJW 1991, 2434; DAR (B) 1994, 385; OLG Dresden StraFo 2001, 270; OLG Düsseldorf JMBINRW 1980, 215; LR/Lüderssen/Jahn § 138 Rn. 27; *Eb. Schmidt LK II*, § 138 Rn. 12; Meyer-Göfner § 138 Rn. 12; Kaiser NJW 1982, 1367 (1369).

95 BayObLG NJW 1991, 2434; OLG Düsseldorf JMBINRW 1980, 215; LR/Lüderssen/Jahn § 138 Rn. 29; Meyer-Göfner § 138 Rn. 12; vgl. auch RGSt 61, 104 (106 f.); Kenntnis der bei der Willensbildung vorausgesetzten Tatsachen.

96 RGSt 55, 213/214; BayObLG VRS 55, 190 (191); OLG Hamburg JZ 1955, 218 (219); OLG Hamm MDR 1951, 503; OLG Schleswig bei *Ernesti/Lorenzen SchlHA* 1986, 104 (105); LR/Lüderssen/Jahn § 138 Rn. 28; AK-StPO/Stern § 138 Rn. 25; *Eb. Schmidt LK II*, § 138 Rn. 12; Meyer-Göfner § 138 Rn. 15; KMR/Hiebl (31. EL) § 138 Rn. 39.

97 OLG Schleswig bei *Ernesti/Lorenzen SchlHA* 1986, 104 (105).

sind.⁹⁸ Wird die Genehmigung endgültig verwehrt, wird die zunächst noch schwebend unzulässige Prozesshandlung unzulässig.⁹⁹

II. Zulassungskriterien

- 36 Die Genehmigung als Verteidiger setzt **Vertrauenswürdigkeit und Sachkunde** für den konkreten Fall voraus.¹⁰⁰ Hierfür ist die Geschäftsfähigkeit des Gewählten notwendige Voraussetzung.¹⁰¹ Es muss sich zudem um eine natürliche Person handeln: Juristische Personen oder Personenvereinigungen können auch über § 138 Abs. 2 nicht zu Verteidigern bestellt werden.¹⁰² Die Ausschließungsgründe der §§ 138a ff. stehen einer Genehmigung von vornherein entgegen.¹⁰³ Soweit eine notwendige Verteidigung vorliegt, kann die Genehmigung nur für eine gemeinsame Verteidigung erfolgen (vgl. § 138 Rn. 45 ff.). Der Beschuldigte muss jedoch für die Wahl einer nicht nach § 138 Abs. 1 in Frage kommenden Person nicht gesondert darlegen, dass er etwa infolge ihrer besonderen Sachkunde gerade an der gewählten Person ein besonderes Interesse hat.¹⁰⁴
- 37 Die Erteilung der Genehmigung ist nach herrschender Auffassung in das **pflichtgemäße Ermessen** des Gerichts gestellt.¹⁰⁵ Eine ständige Übung des Gerichts ist für sich gesehen kein Versagungsgrund.¹⁰⁶ Ebenso wenig kann die Genehmigung pauschal für bestimmte Deliktgruppen verweigert werden.¹⁰⁷ Eine völlig unbedeutende Vorstrafe schließt die Anwendung des § 138 Abs. 2 nicht aus.¹⁰⁸ Verwandtschaftliche Beziehungen des Gewählten zum Beschuldigten stellen seine Fähigkeit, die Verteidigung sachgerecht zu führen, ebenso wenig von vornherein infrage,

98 RGSt 55, 213/214; BayObLG VRS 55, 190 (191); OLG Hamburg/JZ 1955, 218 (219); OLG Hamm MDR 1951, 503; OLG Schleswig bei *Ernesti/Lorenzen* SchlHA 1986, 104 (105); AK-StPO/*Stern* § 138 Rn. 25; *Meyer-Göfner* § 138 Rn. 15; KMR/*Hiebl* (31. EL) § 138 Rn. 39.

99 RGSt 62, 250 (251); AK-StPO/*Stern* § 138 Rn. 25; *Meyer-Göfner* § 138 Rn. 15; *Kaiser* NJW 1982, 1367 (1369).

100 BVerfG NJW 2006, 1502, 1503; BayObLG VRS 55, 190 (192); OLG Düsseldorf NStZ 1999, 586; NStZ 1988, 91; OLG Hamm MDR 1978, 509 f.; NStZ 2007, 238, 239; KG Berlin JZ 1956, 288 (289); OLG Koblenz NStZ-RR 2008, 179; AK-StPO/*Stern* § 138 Rn. 21; KK/*Laufhütte* § 138 Rn. 8; KMR/*Hiebl* (31. EL) § 138 Rn. 35 f.; *Hilla* NJW 1988, 2525; weitergehend für eine darüber hinaus gehende besondere Sachkunde OLG Karlsruhe NJW 1988, 2549 f. m. abl. Bespr. *Hilla* NJW 1988, 2525 und zust. Anm. *Hammerstein* JR 1987, 388 f.; OLG Oldenburg NJW 1958, 33; AG Kaiserslautern AnwBl 1969, 254 m. zust. Anm. *Chemnitz*.

101 KK/*Laufhütte* § 138 Rn. 8; *Meyer-Göfner* § 138 Rn. 8; *Seibert* JZ 1951, 440.

102 OLG Karlsruhe NStZ 1999, 212; BayObLG NJW 1953, 354; AG Kaiserslautern AnwBl. 1969, 254 m. zust. Anm. *Chemnitz*; AK-StPO/*Stern* § 138 Rn. 19; KK/*Laufhütte* § 138 Rn. 8; *Meyer-Göfner* § 138 Rn. 8; KMR/*Hiebl* (31. EL) § 138 Rn. 29; vgl. auch BVerfGE 43, 79 (91).

103 KK/*Laufhütte* § 138 Rn. 8.

104 BayObLG MDR 1978, 862; OLG Düsseldorf NStZ 1999, 586; 1988, 91; OLG Hamm MDR 1978, 509 f.; KG Berlin JZ 1956, 288 (289); LR/*Lüderssen/Jahn* § 138 Rn. 27; AK-StPO/*Stern* § 138 Rn. 23; KK/*Laufhütte* § 138 Rn. 8; *Meyer-Göfner* § 138 Rn. 13; keine Beschränkung auf Ausnahmefälle; *Hilla* NJW 1988, 2525; a. A. OLG Karlsruhe NJW 1988, 2549 f. m. zust. Anm. *Hammerstein* JR 1987, 388 f.; AG Kaiserslautern AnwBl. 1969, 254 m. zust. Anm. *Chemnitz*; KMR/*Hiebl* (31. EL) § 138 Rn. 35.

105 BayObLG MDR 1978, 862; OLG Düsseldorf NStZ 1999, 586 (587); 1988, 91; OLG Hamm MDR 1978, 509; NStZ 2007, 238 (239); OLG Karlsruhe NJW 1988, 2549 m. Anm. *Hammerstein* JR 1987, 388 f.; OLG Koblenz NStZ-RR 2008, 179; OLG Nürnberg MDR 1968, 944; LR/*Lüderssen/Jahn* § 138 Rn. 27; AK-StPO/*Stern* § 138 Rn. 20; *Eb. Schmidt* LK II, § 138 Rn. 12; KK/*Laufhütte* § 138 Rn. 8; *Meyer-Göfner* § 138 Rn. 13; KMR/*Hiebl* (31. EL) § 138 Rn. 34; HK/*Julius* § 138 Rn. 8.

106 BayObLG NJW 1954, 1212; LR/*Lüderssen/Jahn* § 138 Rn. 27; AK-StPO/*Stern* § 138 Rn. 20.

107 OLG Köln JMBL. NRW 1953, 165; AK-StPO/*Stern* § 138 Rn. 23.

108 OLG Hamburg NJW 1955, 644; LR/*Lüderssen/Jahn* § 138 Rn. 27.

wie ein mögliches Interesse des Gewählten am Ausgang des Verfahrens.¹⁰⁹ Ein Mitbeschuldigter kann jedoch nicht nach Absatz 2 zum Verteidiger gewählt werden.¹¹⁰ Die Genehmigung ist dann zu versagen, wenn von vornherein eindeutig absehbar ist, dass der Gewählte den für einen anwaltlichen Verteidiger geltenden Verhaltensregeln nicht entsprechen kann oder entsprechen will.¹¹¹

Aufgrund der Novellierung des Rechtsberatungsrechts durch die Einführung des **Rechtsdienstleistungsgesetzes** (RDG)¹¹² ist der Streit obsolet geworden, inwieweit die Regelung des Absatzes 2 dem früheren Art. 1 § 1 RBERG vorgeht.¹¹³ Unter dem RDG ist eine pauschale Zurückweisung von Personen i. S. von § 138 Abs. 2 wie vormals allein mit der Begründung, die Übernahme der Strafverteidigung stelle eine nach dem RBERG verbotene geschäftsmäßige Rechtsberatung dar¹¹⁴, jedenfalls nicht mehr möglich.¹¹⁵ Zum einen gilt das RDG ausdrücklich nur für den außergerichtlichen Bereich. Die gerichtliche Vertretung – also alle Handlungen deren Adressat das Gericht ist¹¹⁶ – wird in den einzelnen Verfahrensordnungen geregelt (vgl. § 1 Abs. 1 RDG), d. h. konkret durch § 138 Abs. 2, der nach § 1 Abs. 2 RDG unberührt bleibt.¹¹⁷ Zum anderen erlaubt das RDG die *unentgeltliche* Rechtsdienstleistung, soweit ein besonderes Näheverhältnis (familiär, nachbarschaftlich, persönlich) besteht (vgl. § 6 Abs. 1, 2 RDG) und setzt nur bei anderen unentgeltlichen Dienstleistungserbringern eine Befähigung bzw. eine Anleitung durch eine Person mit Befähigung zum Richteramt voraus (vgl. § 6 Abs. 2 RDG).¹¹⁸ Sind jedenfalls die letztgenannten Voraussetzungen gegeben, kommt es für die auch außergerichtlich wirkende Zulassung nach Absatz 2 allein auf die Vertrauenswürdigkeit und Sachkunde (vgl. § 138 Rn. 36) der ausersehenen Person an.¹¹⁹

Falls die Sachkunde des Gewählten für den konkreten Verteidigungsfall nicht zweifelhaft ist und davon ausgegangen werden kann, dass der Gewählte die Pflichten eines Verteidigers beachten wird, ist die Versagung der Genehmigung ermessensfehlerhaft.¹²⁰ Dies gilt insbesondere auch

109 OLG Hamm MDR 1978, 509 f.; OLG Schleswig bei *Ernesti/Lorenzen* SchlHA 1986, 104 (105); OLG Zweibrücken NZV 1993, 493; LR/*Lüderssen/Jahn* § 138 Rn. 26; AK-StPO/*Stern* § 138 Rn. 18; KK/*Laufhütte* § 138 Rn. 8; *Meyer-Göfner* § 138 Rn. 8, 13; KMR/*Hiebl* (31. EL) § 138 Rn. 29, 37; *Seibert* JZ 1951, 440.

110 BayObLG NJW 1953, 755 f.; KK/*Laufhütte* § 138 Rn. 8; *Meyer-Göfner* § 138 Rn. 8; KMR/*Hiebl* (31. EL) § 138 Rn. 29.

111 OLG Hamm NStZ 2007, 238 (239 f.); OLG Koblenz NStZ-RR 2008, 179 f. (zur Nichtgewährleistung des Sachlichkeitsgebots).

112 Vgl. Art. 1 des Gesetzes zur Neuregelung des Rechtsberatungsrechts v. 12.12.2007 (BGBl. I S. 2840, geändert durch Gesetz v. 12.06.2008, BGBl. I S. 1000).

113 Vgl. dazu noch SK-StPO/*Wohlers* (Loseblattausgabe, 47. EL 2006) § 138 Rn. 42.

114 OLG Braunschweig GA 1956, 182 f.; OLG Dresden NJW 1998, 90 ff.; AK-StPO/*Stern* § 138 Rn. 19; KK/*Laufhütte* § 138 Rn. 8; KMR/*Hiebl* (31. EL) § 138 Rn. 48; HK/*Julius* § 138 Rn. 8.

115 BT-Drucks. 16/3655 S. 35; *Schlegel* S. 52; so auch schon zum RBERG BVerfG NJW 2004, 2662; 2006, 1502; LR/*Lüderssen/Jahn* § 138 Rn. 27.

116 BT-Drucks. 16/3655 S. 45; *Henssler/Prütting/Wéth* § 2 RDG Rn. 2.

117 Vgl. BT-Drucks. 16/3655 S. 45.

118 *Schlegel* S. 52.

119 Vgl. *Schlegel* S. 52; *Wreesmann/Schmidt-Kessel* NJOZ 2008, 4061, 4072.

120 BayObLG VRS 55, 190 (192/193); OLG Düsseldorf NStZ 1999, 586 (587); KK/*Laufhütte* § 138 Rn. 8; *Meyer-Göfner* § 138 Rn. 13; KMR/*Hiebl* (31. EL) § 138 Rn. 36; HK/*Julius* § 138 Rn. 8; *Hilla* NJW 1988, 2525; *Barton* S. 96 ff.; a. A. OLG Bremen NJW 1951, 123; OLG Düsseldorf NStZ 1988, 91 (92); OLG Karlsruhe NJW 1988, 2549 f.; OLG Nürnberg MDR 1968, 944; OLG Oldenburg NJW 1958, 33; Befähigung müsse für den konkreten Fall in besonderem Maße vorliegen; LR/*Lüderssen/Jahn* § 138 Rn. 27; AK-StPO/*Stern* § 138 Rn. 21.

für zugelassene Rechtsbeistände.¹²¹ Hinreichende Sachkunde ist nicht erst dann gegeben, wenn die infrage stehende Person die Befähigung zum Richteramt hat.¹²²

- 40 Nach richtiger Auffassung handelt es sich dabei jedoch nicht um die bloße Reduktion des Ermessens: Wenn weder an der Vertrauenswürdigkeit noch an der Fähigkeit zur sachgerechten Verteidigung Zweifel bestehen, ist die Ausübung des Rechts des Angeklagten auf Wahlverteidigung stets zu respektieren und der Gewählte zuzulassen.¹²³ Auf eine allgemeine Abwägung des Vertrauens und der Erfordernisse der Rechtspflege kann es angesichts der Gewährung des Rechts auf Wahlverteidigung (vgl. Vor § 137 Rn. 35, 38; § 137 Rn. 2) hingegen nicht ankommen.¹²⁴

III. Wirkungen der Genehmigung und Folgen ihres Ausbleibens

- 41 Durch die Wahl einer nicht nach Absatz 1 zur Verteidigung befugten Person wird noch kein nach außen **wirksames Verteidigungsverhältnis begründet**; dieses entsteht vielmehr erst mit der Genehmigung.¹²⁵ Vorhergehende Verfahrenshandlungen und Erklärungen der gewählten Person sind schwebend unwirksam.¹²⁶ Mit der Zulassung durch die Genehmigung werden sie jedoch wirksam.¹²⁷
- 42 Die Genehmigung erstreckt sich grundsätzlich auf das ganze Verfahren, soweit der Antrag nicht von vornherein nur für einen bestimmten Verfahrensabschnitt gestellt worden ist.¹²⁸ Ein unbeschränkt gestellter Antrag darf nicht mit einer beschränkten Genehmigung beschieden werden,¹²⁹ es sei denn, dies ließe sich nach den oben genannten Kriterien begründen (vgl. § 138 Rn. 36 ff.). Eine Beschränkung der Genehmigung muss klar und unmissverständlich zum Ausdruck kommen.¹³⁰ Prozesshandlungen eines nicht wirksam bestellten Verteidigers sind unbeachtlich.¹³¹ Auch das nach § 138 Abs. 2 begründete Verteidigungsverhältnis endet mit der Niederlegung oder dem Entzug des Mandats.¹³²

121 OLG Koblenz NStZ 1981, 489; Meyer-Göfner § 138 Rn. 13.

122 OLG Hamm NStZ 2007, 238 (239).

123 OLG Zweibrücken NZV 1993, 493; KG Berlin JZ 1956, 288 (289); Meyer-Göfner § 138 Rn. 13; im Ergebnis auch Peters JZ 1956, 289 (290).

124 A. A. BVerfG NJW 2006, 1502; BayObLG NJW 1954, 1212; OLG Düsseldorf NStZ 1999, 586 (587); OLG Hamm NStZ 2007, 238 (239); OLG Koblenz NStZ-RR 2008, 179; AK-StPO/Stern § 138 Rn. 22; Meyer-Göfner § 138 Rn. 13; KMR/Hiebl (31. EL) § 138 Rn. 34.

125 OLG Karlsruhe NJW 1988, 2549; KK/Laufhütte § 138 Rn. 7 f.; Meyer-Göfner § 138 Rn. 10; HK/Julius § 138 Rn. 7; Kaiser NJW 1982, 1367 (1369); Nestler FS Kohlmann, S. 657.

126 RGSt 55, 213/214; AK-StPO/Stern § 138 Rn. 24; KK/Laufhütte § 138 Rn. 8; Kaiser NJW 1982, 1367 (1369); vgl. aber auch Meyer-Göfner § 138 Rn. 10, mit dem Hinweis auf eine mögliche Berechtigung zur Vertretung.

127 BayObLG MDR 1978, 862; OLG Hamm MDR 1951, 503; OLG Schleswig bei Ernesti/Lorenzen SchlHA 1986, 104 f.; LR/Lüderssen/Jahn § 138 Rn. 28; KK/Laufhütte § 138 Rn. 8; KMR/Hiebl (31. EL) § 138 Rn. 39; HK/Julius § 138 Rn. 7; Kaiser NJW 1982, 1367 (1369).

128 BGH StV 1993, 113; RGSt 9, 78 (80); OLG Dresden StraFo 2001, 270; LR/Lüderssen/Jahn § 138 Rn. 28; AK-StPO/Stern § 138 Rn. 26; Eb. Schmidt LK II, § 138 Rn. 15; Meyer-Göfner § 138 Rn. 14; KMR/Hiebl (31. EL) § 138 Rn. 38; HK/Julius § 138 Rn. 7.

129 LR/Lüderssen/Jahn § 138 Rn. 28; Eb. Schmidt LK II, § 138 Rn. 15; a. A. KMR/Müller Rn. 13.

130 OLG Düsseldorf StraFo 2001, 270; KMR/Hiebl (31. EL) § 138 Rn. 39.

131 KK/Laufhütte § 138 Rn. 7.

132 KK/Laufhütte § 138 Rn. 11.

IV. Die Rücknahme der Genehmigung

Die Genehmigung kann wieder zurückgenommen werden.¹³³ Dies hat dann zu geschehen, wenn sich nachträglich zeigt, dass ihre Voraussetzungen von vornherein nicht gegeben waren¹³⁴ oder die Voraussetzungen der Genehmigung nachträglich entfallen sind.¹³⁵ Eine Rücknahme ist z. B. dann angezeigt, wenn sich herausstellt, dass der Gewählte die Verteidigung nicht zu führen vermag.¹³⁶ Liegen Ausschließungsgründe nach den §§ 138a ff. vor, ist eine Rücknahme der Genehmigung dagegen nicht möglich; zu betreiben ist vielmehr das Ausschließungsverfahren nach §§ 138c ff.¹³⁷

Zuständig für die Rücknahme der Genehmigung ist das Gericht, das im Zeitpunkt der Rücknahme für die Erteilung der Genehmigung zuständig wäre.¹³⁸ Die Rücknahme darf nicht zur Unzeit erfolgen.¹³⁹ Prozesshandlungen, die der Gewählte vor der Rücknahme vorgenommen hat, bleiben wirksam (vgl. auch § 146a Abs. 2 und hierzu § 146a Rn. 13 ff.).¹⁴⁰

V. Besonderheiten bei notwendiger Verteidigung

Soweit eine notwendige Verteidigung i. S.d § 140 vorliegt, darf der nach § 138 Abs. 2 Gewählte die **Verteidigung nur in Gemeinschaft** mit einem Verteidiger führen, der zu dem Personenkreis gehört, der nach Abs. 1 zur Verteidigung zugelassen ist (sog. Hauptverteidiger).¹⁴¹ Der Wunsch, einen ausländischen Rechtsanwalt als Aufklärungshelfen vor Ort im Ausland einzusetzen, reicht nicht aus, um eine Zulassung zu begründen.¹⁴²

Die **Verteidigungsbefugnis des nach Abs. 2 zugelassenen Verteidigers** ist in diesen Fällen eingeschränkt (vgl. § 138 Rn. 47 f.),¹⁴³ jedoch stehen ihm eine Reihe von Befugnissen zu, von denen er auch ohne Absprache mit dem Hauptverteidiger Gebrauch machen kann:¹⁴⁴ Der nach Abs. 2 bestellte Verteidiger hat das Akteneinsichtsrecht des § 147,¹⁴⁵ er kann in und außerhalb der Hauptverhandlung rechtliche Ausführungen für den Beschuldigten machen¹⁴⁶ und in der Hauptverhandlung den Angeklagten, Zeugen sowie Sachverständige befragen.¹⁴⁷ Er ist nach § 148

133 LR/Lüderssen/Jahn § 138 Rn. 29; AK-StPO/Stern § 138 Rn. 27; Eb. Schmidt LK II, § 138 Rn. 13; KK/Laufhütte § 138 Rn. 11; Meyer-Göfner § 138 Rn. 17; KMR/Hiebl (31. EL) § 138 Rn. 42; HK/Julius § 138 Rn. 9.

134 BayObLG NJW 1953, 755 f.; AK-StPO/Stern § 138 Rn. 27; Eb. Schmidt LK II, § 138 Rn. 13; KK/Laufhütte § 138 Rn. 11; Meyer-Göfner § 138 Rn. 17; KMR/Hiebl Rn. 42; HK/Julius § 138 Rn. 9.

135 AK-StPO/Stern § 138 Rn. 27; KK/Laufhütte § 138 Rn. 11; Eb. Schmidt LK II, § 138 Rn. 13; Meyer-Göfner § 138 Rn. 17; KMR/Hiebl (31. EL) § 138 Rn. 42; HK/Julius § 138 Rn. 9.

136 BayObLG NJW 1953, 755 f.; LR/Lüderssen/Jahn § 138 Rn. 29; AK-StPO/Stern § 138 Rn. 27.

137 AK-StPO/Stern § 138 Rn. 27; KK/Laufhütte § 138 Rn. 11; Meyer-Göfner § 138 Rn. 17; KMR/Hiebl (31. EL) § 138 Rn. 43; a. A. Ulsenheimer GA 1975, 103 (109); vgl. auch HK/Julius § 138 Rn. 9.

138 AK-StPO/Stern § 138 Rn. 28; KK/Laufhütte § 138 Rn. 11; Meyer-Göfner § 138 Rn. 17; KMR/Hiebl (31. EL) § 138 Rn. 42.

139 AK-StPO/Stern § 138 Rn. 27; Eb. Schmidt LK II, § 138 Rn. 13; KK/Laufhütte § 138 Rn. 11.

140 KK/Laufhütte § 138 Rn. 11.

141 BayObLG NJW 1991, 2434; LR/Lüderssen/Jahn § 138 Rn. 37; AK-StPO/Stern § 138 Rn. 30; Meyer-Göfner § 138 Rn. 18; KMR/Hiebl (31. EL) § 138 Rn. 44; ebenso auch KG Berlin JR 1988, 391 m. Anm. Hammerstein, wobei diese Entscheidung jedoch § 392 Abs. 1 Halbsatz 1 AO verkennt.

142 OLG Stuttgart NStZ-RR 2009, 113.

143 AK-StPO/Stern § 138 Rn. 31; Meyer-Göfner § 138 Rn. 19.

144 AK-StPO/Stern § 138 Rn. 31; KK/Laufhütte § 138 Rn. 12; Hammerstein JR 1988, 391 (392).

145 OLG Hamm NStZ 2007, 238 (239); AK-StPO/Stern § 138 Rn. 31; KK/Laufhütte § 138 Rn. 12; Meyer-Göfner § 138 Rn. 19; Hammerstein JR 1988, 391 (392).

146 OLG Hamm NStZ 2007, 238 (239); LR/Lüderssen/Jahn § 138 Rn. 34; AK-StPO/Stern § 138 Rn. 31; Meyer-Göfner § 138 Rn. 19; KMR/Hiebl (31. EL) § 138 Rn. 47; Hammerstein JR 1988, 391 (392).

147 OLG Hamm NStZ 2007, 238 (239); Meyer-Göfner § 138 Rn. 19; KMR/Hiebl (31. EL) § 138 Rn. 47.

zum freien mündlichen und schriftlichen Verkehr mit dem Beschuldigten berechtigt (vgl. § 148 Rn. 4 ff.).¹⁴⁸

- 47 **Prozesshandlungen** müssen hingegen vom Hauptverteidiger mitverantwortet werden.¹⁴⁹ Prozesshandlungen des nach § 138 Abs. 2 gewählten Verteidigers, die ohne ein – möglicherweise auch konkludent aus den Umständen zu schließendes – Einverständnis des Hauptverteidigers erfolgen, sind folglich unwirksam.¹⁵⁰ Bei wesentlichen Teilen der Hauptverhandlung muss der nach Abs. 1 auftretende Verteidiger anwesend sein,¹⁵¹ nicht aber bei der Urteilsverkündung.¹⁵² Bei mündlichen Erklärungen genügt eine gemeinsame Erklärung.¹⁵³ Rechtsmittel können nach § 138 Abs. 2 handelnde Verteidiger nicht allein einlegen.¹⁵⁴ Soweit Schriftlichkeit erforderlich ist, muss der Rechtsanwalt oder Hochschullehrer die Erklärungen mit unterzeichnen oder gegenüber dem Gericht eine Erklärung abgeben, die sein Einverständnis darlegt.¹⁵⁵ Soweit das Gesetz wie etwa bei § 345 Abs. 2 für die Revisionsbegründung die Unterzeichnung fordert, muss der RA oder Hochschullehrer diese ohne distanzierende Zusätze formgerecht unterzeichnen.¹⁵⁶ Im Fall der mangelnden Übereinstimmung ist die Erklärung des Hauptverteidigers maßgeblich.¹⁵⁷
- 48 Der Hauptverteidiger kann Prozesshandlungen durch **Widerruf** gegenstandslos machen.¹⁵⁸ Dies ist insbesondere für die Prozesshandlungen bedeutsam, die in der Hauptverhandlung vorgenommen werden, wie z.B. die Stellung von Beweisanträgen.¹⁵⁹ Grundsätzlich ist wegen der vorrangigen Stellung des Hauptverteidigers eine Widerrufsmöglichkeit anzuerkennen, da das erforderliche Einverständnis mit dem Widerruf widerlegt wird.¹⁶⁰ Kann eine einzelne Prozesshandlung jedoch nicht mehr zurückgenommen werden, ist ein späterer Widerruf unbeachtlich,¹⁶¹ so dass die Prozesshandlung wirksam bleibt, soweit nicht schon zuvor das Einvernehmen des Hauptverteidigers zweifelhaft war.

- 148 KG Berlin JR 1988, 391 m. insoweit zust. Anm. *Hammerstein*; AK-StPO/Stern § 138 Rn. 31; KK/Laufhütte § 138 Rn. 12; KMR/Hiebl Rn. 47.
- 149 AK-StPO/Stern § 138 Rn. 32; KK/Laufhütte § 138 Rn. 12; *Meyer-Göfner* § 138 Rn. 19; KMR/Hiebl (31. EL) § 138 Rn. 44; *Hammerstein* JR 1988, 391 (392); a. A. wohl OLG Hamm NSStZ 2007, 238 (239/240).
- 150 KK/Laufhütte § 138 Rn. 12; KMR/Hiebl (31. EL) § 138 Rn. 45; *Hammerstein* JR 1988, 391 (392).
- 151 BayObLG NJW 1991, 2434; KK/Laufhütte § 138 Rn. 12; KMR/Hiebl (31. EL) § 138 Rn. 44.
- 152 OLG Bremen VRS 65, 36 (37); AK-StPO/Stern § 138 Rn. 40; *Meyer-Göfner* § 138 Rn. 20; KMR/Hiebl (31. EL) § 138 Rn. 44.
- 153 *Meyer-Göfner* § 138 Rn. 20.
- 154 *Meyer-Göfner* § 138 Rn. 20.
- 155 BGHS 32, 326; KG Berlin NJW 1974, 916; LR/Lüderssen/Jahn § 138 Rn. 34; KK/Laufhütte § 138 Rn. 12; *Meyer-Göfner* § 138 Rn. 20; *Gehre* DSStR 1968, 8 (10).
- 156 BGHS 32, 326; AK-StPO/Stern § 138 Rn. 34; KK/Laufhütte § 138 Rn. 12; *Meyer-Göfner* § 138 Rn. 20; KMR/Hiebl (31. EL) § 138 Rn. 44.
- 157 OLG Hamm NSStZ 2007, 238 (240); AK-StPO/Stern § 138 Rn. 32; KK/Laufhütte § 138 Rn. 12; *Meyer-Göfner* § 138 Rn. 19; KMR/Hiebl (31. EL) § 138 Rn. 45; *Franzen* DSStR 1967, 533 (535); *Gehre* DSStR 1968, 8 (9 f.); *Lohmeyer* MDR 1974, 199; a. A. *Luthmann* DSStR 1969, 556 (558).
- 158 AK-StPO/Stern § 138 Rn. 33; KK/Laufhütte § 138 Rn. 12; KMR/Hiebl (31. EL) § 138 Rn. 46; HK/Julius § 138 Rn. 10; *Franzen* DSStR 1967, 533 (535); *Hammerstein* JR 1988, 391 (392).
- 159 KK/Laufhütte § 138 Rn. 12; *Meyer-Göfner* § 138 Rn. 19; *Hammerstein* JR 1988, 391 (392).
- 160 KK/Laufhütte § 138 Rn. 12; KMR/Hiebl (31. EL) § 138 Rn. 46.
- 161 KK/Laufhütte § 138 Rn. 12; *Meyer-Göfner* § 138 Rn. 19.

D. Rechtsschutz gegen die unberechtigte Zurückweisung eines Wahlverteidigers

Als Rechtsmittel gegen die unberechtigte Zurückweisung oder Zulassung eines Wahlverteidigers kommen sowohl die Beschwerde nach den §§ 304 ff. (vgl. § 138 Rn. 50 ff.) als auch die Revision in Betracht (vgl. § 138 Rn. 53 f.).

I. Beschwerde

Die Zurückweisung eines Verteidigers durch das Gericht ist grundsätzlich mit der Beschwerde nach den §§ 304 ff. anfechtbar.¹⁶² Es liegt keine Entscheidung i. S. d. § 305 S. 1 vor.¹⁶³

Da die Zurückweisung auch in den eigenen Rechtskreis des Gewählten eingreift, steht die **Beschwerdebefugnis** nicht nur dem Beschuldigten zu, sondern auch der als Verteidiger **gewählten Person**,¹⁶⁴ nicht aber dem Verteidiger, der zusammen mit einer nach Abs. 2 zuzulassenden Person die Verteidigung führen soll, soweit es um die Nichtzulassung dieser Person geht.¹⁶⁵ Auch die StA kann Genehmigungen nach § 138 Abs. 2 anfechten.¹⁶⁶

Das Beschwerdegericht hat die Entscheidung nicht nur auf Rechtsfehler zu überprüfen, sondern eine eigene Sachentscheidung bei voller Kognition zu treffen (§ 309 Abs. 2).¹⁶⁷ Das Gericht kann dabei eine Genehmigung auch abweichend vom Vorgericht versagen, jedoch nur mit Wirkung für die Zukunft.¹⁶⁸ Soweit man die Genehmigungsentscheidung als Ermessensentscheidung sieht (vgl. § 138 Rn. 37 ff.), ist vor allem zu prüfen, ob ein rechtsfehlerhafter Ermessensgebrauch vorliegt.¹⁶⁹

II. Die Revisibilität unberechtigter Zurückweisungen

Die unberechtigte Zurückweisung des Verteidigers kann auch in der Revision geltend gemacht werden.¹⁷⁰ Die Revision ist begründet, wenn der Beschuldigte nicht anderweitig durch einen Verteidiger ordnungsgemäß verteidigt worden ist.¹⁷¹

- 162 LR/Lüderssen/Jahn § 138 Rn. 32; KK/Laufhütte § 138 Rn. 17; *Meyer-Göfner* § 138 Rn. 21 f.; KMR/Hiebl (31. EL) § 138 Rn. 49.
- 163 OLG Düsseldorf NSStZ 1999, 99; NSStZ 1988, 91; LR/Lüderssen/Jahn § 138 Rn. 32; AK-StPO/Stern § 138 Rn. 35; KMR/Hiebl Rn. 49.
- 164 BGHS 8, 194; BayObLG NJW 1954, 1212; OLG Dresden StraFo 2001, 270; OLG Düsseldorf NSStZ 1988, 91; OLG Hamm NSStZ 2007, 238 (239); OLG Oldenburg NJW 1958, 33; LR/Lüderssen/Jahn § 138 Rn. 32; AK-StPO/Stern § 138 Rn. 37; KK/Laufhütte § 138 Rn. 17; *Meyer-Göfner* § 138 Rn. 23; KMR/Hiebl (31. EL) § 138 Rn. 51 f.; a. A. OLG Hamburg MDR 1969, 598.
- 165 OLG Hamm NSStZ 2007, 238; HK/Julius § 138 Rn. 11.
- 166 LR/Lüderssen/Jahn § 138 Rn. 32; KK/Laufhütte § 138 Rn. 17; *Meyer-Göfner* § 138 Rn. 23; KMR/Hiebl (31. EL) § 138 Rn. 53; a. A. LG Dortmund JMBL NRW 1954, 156; AK-StPO/Stern § 138 Rn. 37.
- 167 BGHS 8, 194 (196); BayObLG NJW 1954, 1212; AK-StPO/Stern § 138 Rn. 38; KMR/Hiebl (31. EL) § 138 Rn. 54; a. A. OLG Düsseldorf NSStZ 1999, 586 (587); 1988, 91 (92); MDR 1983, 600; Überprüfung auf Rechtsfehler; vgl. auch LR/Lüderssen/Jahn § 138 Rn. 32; Beschränkung auf die Prüfung von Rechtsfehlern, zu denen aber auch ein Ermessensfehlergebrauch gehöre.
- 168 LR/Lüderssen/Jahn § 138 Rn. 29; AK-StPO/Stern § 138 Rn. 27.
- 169 OLG Düsseldorf MDR 1983, 600; NSStZ 1988, 91; 1999, 586 (587); LR/Lüderssen/Jahn § 138 Rn. 32; KMR/Hiebl (31. EL) § 138 Rn. 54; *Meyer-Göfner* § 138 Rn. 23.
- 170 OLG Zweibrücken NZV 1993, 493; LR/Lüderssen/Jahn § 138 Rn. 33; AK-StPO/Stern § 138 Rn. 39; *Eh. Schmidt* LK II, § 138 Rn. 11; KK/Laufhütte § 138 Rn. 18.
- 171 AK-StPO/Stern § 138 Rn. 39; KK/Laufhütte § 138 Rn. 18; vgl. auch BayObLG NSStZ 1988, 281; OLG Zweibrücken NZV 1993, 493.

- 54 Die ungerechtfertigte Zurückweisung eines Verteidigers soll dann nicht zu einer revisiblen Beschränkung der Verteidigung führen, wenn der Angeklagte anderweit ordnungsgemäß verteidigt ist.¹⁷² Dies ist jedoch nicht nur für den Fall einer willkürlichen Zurückweisung unhaltbar;¹⁷³ richtigerweise wird man den im **ungerechtfertigten Entzug des Vertrauensverteidigers** liegenden fundamentalen Eingriff in das durch Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK gewährleistete Recht auf formelle Verteidigung durch den Verteidiger des Vertrauens allgemein als einen Fall des § 338 Nr. 8 zu behandeln haben.¹⁷⁴ Auf die Frage, ob der Beschuldigte von dem ersatzweise aufgetretenen Verteidiger tatsächlich anders verteidigt worden ist, als dies durch den unzulässig zurückgewiesenen Verteidiger geschehen wäre, kommt es für eine Konventionsverletzung nicht an,¹⁷⁵ so dass der als absoluter Revisionsgrund ausgestaltete § 338 Nr. 8 zur Behebung der Konventionsverletzung anzuwenden ist.¹⁷⁶
- 55 Ist in den Fällen notwendiger Verteidigung bei wesentlichen Teilen der Hauptverhandlung nur ein nach § 138 Abs. 2 gewählter Verteidiger anwesend, ist § 338 Nr. 5 verletzt.¹⁷⁷

E. Rechtsbeistände privater Verfahrensbeteiligter (Absatz 3)

- 56 Absatz 3 überträgt die für die Wahl eines Verteidigers geltenden Regelungen des Absatz 1 und des Absatz 2 S. 1 auf die Wahl eines **Zeugenbeistands** durch einen Zeugen (§ 68b Abs. 1 und 2) sowie eines **Rechtsbeistandes** durch einen Privatkläger (§ 378), einen Nebenkläger oder Nebenklageberechtigten (§§ 397a, 406g) sowie einen Verletzten (§ 406f). Mit der Regelung werden die Wahlmöglichkeiten des Zeugen und des Verletzten erweitert, die nunmehr alle in Absatz 1 genannten Personen als Beistand frei wählen können, also neben Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälten auch Hochschullehrerinnen und -lehrer (vgl. hierzu § 138 Rn. 16 ff.).¹⁷⁸ Die Erweiterung der Wahlmöglichkeiten auf andere als die in Absatz 1 genannten Personen ist im Gesetzgebungsverfahren mit der Erwägung kritisiert worden, dies begründe die Gefahr, dass als Rechtsbeistand ungeeignete Personen gewählt werden.¹⁷⁹ Diese Kritik hat sich zu Recht nicht durchgesetzt, da die Wahl ungeeigneter Personen – wie auch bei der Wahl eines Rechtsbeistands durch den Beschuldigten – dadurch verhindert werden kann und verhindert werden muss, dass das Gericht seine nach Absatz 2 S. 1 erforderliche Genehmigung versagt.¹⁸⁰ Soll eine andere

172 AK-StPO/Stern § 138 Rn. 39; KK/Laufhütte § 138 Rn. 18.

173 Vgl. insoweit LR/Lüderssen/Jahn § 138 Rn. 33; Eb. Schmidt LK II, § 138 Rn. 11; KK/Laufhütte § 138 Rn. 18.

174 Zur Funktion des § 338 Nr. 8 als letzte Sicherheit für den Fall, dass das gesetzliche System der Verteidigungsrechte eine Lücke zeigt, vgl. SK-StPO/Frisch (Loseblattausgabe, 42. EL 2005) § 338 Rn. 154.

175 Vgl. EGMR v. 13.05.1980, *Artico vs. Italien*, § 35 = EuGRZ 1980, 662 (665).

176 Vgl. aber BGHSt 30, 131 (135); 44, 82 (90); BGH NStZ 2000, 212 (213) m. Anm. Hammerstein NStZ 2000, 327 und Anm. Stern StV 2000, 404 (405 f.); BGH NStZ-RR 2004, 50; Meyer-Gofner § 338 Rn. 59: Die Möglichkeit eines kausalen Zusammenhangs zwischen dem Verfahrensverstoß und dem Urteil müsse konkret bestehen; zur berechtigten Kritik an dieser Relativierung des absoluten Revisionsgrundes vgl. Kuckein StraFo 2000, 397 (399 f.) m. w. N.

177 BayObLG NJW 1991, 2434; KMR/Hiebl (31. EL) § 138 Rn. 55.

178 BT-Drucks. 16/12098 S. 30.

179 Vgl. die Stellungnahme des Bundesrats, in: BT-Drucks. 16/12812 S. 10; kritisch auch Barton JA 2009, 753 (756); Dölling Schriftliche Stellungnahme im Rahmen der öffentlichen Anhörung des Deutschen Bundestages am 13. Mai 2009, S. 3; vgl. auch Schmidt-Sommerfeld, Schriftliche Stellungnahme im Rahmen der öffentlichen Anhörung des Deutschen Bundestages am 13. Mai 2009, S. 6: zu befürchten seien Verzögerungen.

180 Vgl. die Gegenäußerung der Bundesregierung, in: BT-Drucks. 16/12812 S. 18 f. sowie Böttcher Schriftliche Stellungnahme im Rahmen der öffentlichen Anhörung des Deutschen Bundestages am 13. Mai 2009, S. 5; Jahn Schriftliche Stellungnahme im Rahmen der öffentlichen Anhörung des Deutschen Bundestages am 13. Mai 2009, S. 21 f.; ders. NJW-Sonderheft für Tepperwien S. 26.

Person als Beistand gewählt werden, hat das Gericht seine Entscheidung die Sachkunde und die persönliche Geeignetheit dieser Person als Rechtsbeistand zu berücksichtigen (vgl. hierzu § 138 Rn. 36 ff.).¹⁸¹

§ 138a [Ausschließung des Verteidigers]

- (1) Ein Verteidiger ist von der Mitwirkung in einem Verfahren auszuschließen, wenn er dringend oder in einem die Eröffnung des Hauptverfahrens rechtfertigenden Grade verdächtig ist, daß er
- an der Tat, die den Gegenstand der Untersuchung bildet, beteiligt ist,
 - den Verkehr mit dem nicht auf freiem Fuß befindlichen Beschuldigten dazu mißbraucht, Straftaten zu begehen oder die Sicherheit einer Vollzugsanstalt erheblich zu gefährden, oder
 - eine Handlung begangen hat, die für den Fall der Verurteilung des Beschuldigten Begünstigung, Strafvereitelung oder Hehlerei wäre.
- (2) Von der Mitwirkung in einem Verfahren, das eine Straftat nach § 129a, auch in Verbindung mit § 129b Abs. 1, des Strafgesetzbuches zum Gegenstand hat, ist ein Verteidiger auch auszuschließen, wenn bestimmte Tatsachen den Verdacht begründen, daß er eine der in Abs. 1 Nr. 1 und 2 bezeichneten Handlungen begangen hat oder begeht.
- (3) ¹Die Ausschließung ist aufzuheben,
- sobald ihre Voraussetzungen nicht mehr vorliegen, jedoch nicht allein deshalb, weil der Beschuldigte auf freiem Fuß gesetzt worden ist,
 - wenn der Verteidiger in einem wegen des Sachverhalts, der zur Ausschließung geführt hat, eröffneten Hauptverfahren freigesprochen oder wenn in einem Urteil des Ehren- oder Berufsgerichts eine schuldhaftige Verletzung der Berufspflichten im Hinblick auf diesen Sachverhalt nicht festgestellt wird,
 - wenn nicht spätestens ein Jahr nach der Ausschließung wegen des Sachverhalts, der zur Ausschließung geführt hat, das Hauptverfahren im Strafverfahren oder im ehren- oder berufsgerichtlichen Verfahren eröffnet oder ein Strafbefehl erlassen worden ist.
- ²Eine Ausschließung, die nach Nummer 3 aufzuheben ist, kann befristet, längstens jedoch insgesamt für die Dauer eines weiteren Jahres, aufrechterhalten werden, wenn die besondere Schwierigkeit oder der besondere Umfang der Sache oder ein anderer wichtiger Grund die Entscheidung über die Eröffnung des Hauptverfahrens noch nicht zuläßt.
- (4) ¹Solange ein Verteidiger ausgeschlossen ist, kann er den Beschuldigten auch in anderen gesetzlich geordneten Verfahren nicht verteidigen. ²In sonstigen Angelegenheiten darf er den Beschuldigten, der sich nicht auf freiem Fuß befindet, nicht aufsuchen.
- (5) ¹Anderer Beschuldigte kann ein Verteidiger, solange er ausgeschlossen ist, in demselben Verfahren nicht verteidigen, in anderen Verfahren dann nicht, wenn diese eine Straftat nach § 129a, auch in Verbindung mit § 129b Abs. 1, des Strafgesetzbuches zum Gegenstand haben und die Ausschließung in einem Verfahren erfolgt ist, das ebenfalls eine solche Straftat zum Gegenstand hat. ²Absatz 4 gilt entsprechend.

181 BT-Drucks. 16/12098 S. 30/31.